العقـــود الإداريـــة
عبـــر الإنترنـــت


الدكتور
فهد مبارك الهاجري
دكتوراه في القانون الخاص

Contract









العقـــود الإداريـــة
عبـــر الإنترنـــت

342,0285

رقم الإيداع لدى دائرة المكتبة الوطنية: (2014/7/3228)

المؤلف: فهد مبارك الهاجري

الكتاب: العقود الإدارية عبر الإنترنت

الواصفات: العقود - الإدارة - الإنترنت

لا يعبر هذا المصنف عن رأي دائرة المكتبة الوطنية أو أي جهة حكومية أو الناشر

ISBN:978-9957-16-890-2

الطبعة الأولى 2015م - 1436هـ





أسسها خالد محمود جابر حيف عام 1984 عمان - الأردن
Est. Khaled M. Jaber Haif 1984 Amman - Jordan

المركز الرئيسي

عمان - وسط البلد - قرب الجامع الحسيني - سوق البتراء - عمارة الحجيري - رقم 3 د

هاتف: 4646361 6 (962 +) فاكس: 4610291 6 (962 +) ص.ب 1532 عمان 11118 الأردن

فرع الجامعة

عمان - شارع الملكة رانيا العبد الله (الجامعة سابقاً) - مقابل بوابة العلوم - مجمع عربيات التجاري - رقم 261

هاتف: 5341929 6 (962 +) فاكس: 5344929 6 (962 +) ص.ب 20412 عمان 11118 الأردن

Website: www.daralthaqafa.com e-mail: info@daralthaqafa.com

Main Center

Amman - Downtown - Near Hussayni Mosque - Petra Market - Hujairi Building - No. 3 d

Tel.: (+962) 6 4646361 - Fax: (+962) 6 4610291 - P.O.Box: 1532 Amman 11118 Jordan

University Branch

Amman - Queen Rania Al-Abdallah str. - Front Science College gate - Arabiyat Complex - No. 261

Tel.: (+962) 6 5341929 - Fax: (+962) 6 5344929 - P.O.Box: 20412 Amman 11118 Jordan

Dar Al-Thaqafa For Publishing & Distributing



العقود الإدارية عبر الإنترنت

الدكتور
فهد مبارك الهاجري
دكتوراه في القانون الخاص

أصل هذا الكتاب (رسالة ماجستير)
بإشراف الأستاذ الدكتور خالد سمارة الزعبي
في جامعة عمان العربية للدراسات العليا - الأردن



1436هـ-2015م

إهــداء

إلى روح ابني مبارك رحمه الله تعالى وجعله في جنات النعيم . .

وأنا أسطر هذه الكلمات كأنني أراه أمام عيني . . ذلك الفتى الذي

يشع رجولة وذكاء . . إلى رفيق دربي لأداء الاختبارات النهائية . .

يا من فديتني بنفسك لأبقى وتنتقل إلى جوار ربك . .

بتاريخ 2005/6/15م صباحاً قبل الحدود الأردنية الهاشمية .

فالحمد لله على ما أعطى والحمد لله على ما أخذ .

وإلى روح والدي ووالدتي رحمهما الله وإلى زوجتي أم مبارك

التي وقفت معي في كل كبيرة وصغيرة .

وإلى كل من علمني وإلى كل طالب علم ينفع به الناس ولكل من يبحث

عن الحقيقة والعدالة ولكل حامل لواء القانون أقدم هذا الكتاب .

الفهرس

الفصل الثاني

العقد الإلكتروني

الفصل الثالث

مدى مشروعية التعاقد بواسطة الإنترنت

الفصل الرابع

القانون واجب التطبيق على العقود الإدارية المبرمة بواسطة الإنترنت

الملخص

هـذا الكتـاب بعنـوان (العقـود الإداريـة بواسـطة الإنترنـت)، وقـدم لاستكمال متطلبات الحصول على الماجستير بالقانون العام نظراً للمكانة التي تتمتع بها العقود الإدارية، حيث نتعرض في هذه الدراسة من خلال ما كتب سواء أكان ذلك ماهية العقد الإداري أم العقود الإدارية. أما عناصر مشكلة البحث التي حاولت الدراسة الإجابة عليها فهي كالتالي:

- هل هناك تطابق بين النصوص القانونية المقارنة فيما يتعلق بالعقود الإدارية بواسطة الإنترنت؟
- هـل هنـاك أيـة آليـة متبعـة واضـحة أو مسبوقة في إبـرام العقـود الإدارية الإلكترونية وإثباتها؟
- كيف تنسجم النصوص القانونية المقارنة مع التطلعات والمستجدات الاقتصادية في ظل التطور السريع نحو الحكومة الإلكترونية؟

وحـددت الدراسـة بارتبـاط العقـود الإداريـة بفكـرة السلطة والإدارة العامة ومدى ارتكازها عليها، حيث تتغلب فكرة مرونة العقود الإدارية على قاعدة القوة الملزمة للعقد، إذ إن العقد الإداري يستلزم المصلحة الخاصة للمتعاقد لمقتضيات المصلحة العامة من خلال سلطة الإدارة التي تتعهد بتحقيقها.

وخلصت الدراسة للنتائج والتوصيات التالية:

1. الكمبيوتر والأجهزة الملحقة والبروتوكولات اللازمة للمتعاقدين عن طريق الإنترنت هي وسيلة حديثة يعبر عنها الطرفان من خلال الإيجاب والقبول.

2. إن شبكة الإنترنت وضعت نموذجاً جديداً لمجلس العقد.
3. تأكيد أهمية المرحلة التمهيدية من المفاوضات والوعد بالتعاقد والعقد الابتدائي، إذ إن هذه المرحلة إذا ما أصبحت أساسية في العقد فإن الأفراد سيتشجعون على التعاقد عبر الإنترنت.
4. تكشف لنا التطبيقات العملية أن العديد من العقود تختلف في مظهرها عن العقود التقليدية في القواعد العامة، وهي تعد عقوداً رضائية في الأصل.
5. إن الخلاف حول مكان وزمان انعقاد العقود بين غائبين انحسر لأن الدولة تسعى لتوحيد التشريعات المدنية عن طريق الاتفاقيات الدولية.

وأوصى الباحث بالتوصيات التالية:

1. الاسترشاد بالتشريعات التي تسن من الهيئات والمنظمات الدولية ذات الصلة بالعقود الإدارية المبرمة بالإنترنت.
2. إنشاء هيئة قضائية عربية ودولية تعنى بالعقود الإدارية المبرمة بالإنترنت.
3. إصدار تشريعات ترتبط بالعقود الإدارية المبرمة بواسطة الإنترنت لتحديد الجهة القضائية صاحبة الاختصاص.

المقدمة

مع التطور الذي ظهر في وسائل الاتصال، وظهور الحاسوب الذي دخل مختلف نواحي الحياة الاقتصادية منها والاجتماعية، وبعد أن أمكن ربطه بالهاتف، برز الإنترنت الذي أحدث ثورة هائلة في مجالات الحياة المختلفة، وظهر ما يسمى بالعقود الإلكترونية.

تعد الدولة الحديثة دولة الإدارة، ولا تقوم الإدارة الناجحة الرشيدة إلا بخضوعها لرقابة قضائية محكمة ودقيقة على أعمال الإدارة العامة، من خلال المحاكم الإدارية على اختلاف أنواعها، بهدف الحفاظ على النظام القانوني في الدولة.

ويعد العقد من أهم الاختراعات على الإطلاق، فهو الأداة الرئيسة للتبادل الاقتصادي، كما يعد أهم الوسائل الأساسية للتنظيم الاجتماعي والاقتصادي للدولة.

وللعقد الإدراي مكانة مهمة ضمن الوسائل القانونية التي تلجأ إليها الإدارة في تيسير المرفق العام. ويعد العقد الإداري من الوسائل القانونية الحديثة، لما طرأ على العالم من تطور إبان الحرب العالمية الأولى، حيث استقلت الدول ونشأت الحكومات، وأصبحت الحاجة ملحة لتطوير الدولة لتلبية احتياجات الأفراد من خلال إنشاء المرافق العامة وما تتطلبه تلك المنشآت.

وأثارت نظرية العقد الإداري لدى الفقه، نظراً للاجتهادات المختلفة التي أثارتها أحكام المحاكم، وخصوصاً ما يتعلق بمعيار العقد الإداري،

إذ إن الإدارة قد تلجأ لإبرام العقد من اتجاهين مختلفين:

الاتجاه الأول: يقوم على اعتبار أن الإدارة اتبعت أسلوب القانون العام في إبرام العقود، وتخضع في ذلك لرقابة القضاء الإداري.

الاتجاه الثاني: يقوم على اعتبار أن الإدارة قد اتبعت أسلوب القانون الخاص في إبرام العقود، وتخضع في ذلك لرقابة القضاء العادي.

وتكمن العلة هنا بتطبيق قواعد الاختصاص (قواعد الإسناد) واجبة التطبيق على المنازعات التي قد تحدث نتيجة الإخلال بالالتزامات المترتبة على إبرام العقود، إذ تختلف طبيعة الرقابة القضائية من دولة إلى أخرى، مما يستلزم وجود قواعد محكمة تحدد بدقة اختصاص الجهات القضائية المختلفة، بحيث يكون الأفراد على علم ودراية بها حتى يتمكنوا من مقاضاة الإدارة وتحريك الطعون ضدها.

ولقد كثر اللجوء إلى أسلوب العقد كوسيلة للحصول على ما تحتاجه الدولة من لوازم ومواد، وذلك لتنفيذ السياسة العامة للدولة في مختلف المجالات.

ولقد كانت الإدارة تنظم احتياجاتها عن طريق القرارات الإدارية إلا أنها أصبحت حالياً تبحث عن وسيلة للتعاقد بدلاً من الإجراء الفوري، بحيث يصبح التعاقد ذا قيمة قانونية ليصبح في النهاية جزءاً أساسياً من التنظيم الاقتصادي والاجتماعي حفاظاً على المراكز القانونية لكل الأطراف. ونتيجة للثورة الهائلة في مجال الاتصال والمعلومات، فلقد فتحت أمام الإنسانية آفاقاً لا يستطيع التنبؤ بها، مما أدى إلى اتساع بين العقود التقليدية من ناحية والعقود الإلكترونية من ناحية أخرى، مما يدعو إلى

التساؤل عن مدى صلاحية القواعد والإجراءات القانونية للعقود الإلكترونية وملاءمتها للتغيرات الفورية والسريعة في عصر اتسم بالتطور التكنولوجي، مما جعل العالم يبدو قرية صغيرة.

ومن أهم ما يميز النشاط عبر شبكة الاتصالات الدولية (الإنترنت)، هو الطابع الدولي أو العالمي للنشاط الذي يقوم به كافة المشتركين. وللأسباب المتقدمة وقع اختيارنا على موضوع مشروعية العقود الإدارية بواسطة الإنترنت (العقود الإدارية الإلكترونية)، وهي مجال لدراستنا التي تستهدف إبرام العقود الإدارية بواسطة الإنترنت.

مشكلة الدراسة:

الغرض من هذه الدراسة هو التعرف على مدى مشروعية العقد الإداري بواسطة الإنترنت (العقد الإداري الإلكتروني)، حيث إن هذه المشروعية غير واضحة المعالم قانوناً وفقهاً وقضاء.

عناصر مشكلة البحث:

1. هل هناك تطابق بين النصوص القانونية المقارنة فيما يتعلق بالعقود الإدارية بواسطة الإنترنت؟
2. هل هناك آلية متبعة واضحة أو مسبوقة في إبرام العقود الإدارية الإلكترونية وإثباتها؟
3. كيف تنسجم النصوص القانونية المقارنة مع التطلعات والمستجدات الاقتصادية في ظل التطور السريع نحو الحكومة الإلكترونية؟

فرضيات البحث:

1. هناك اختلاف بين النصوص القانونية الإدارية نظراً لحداثة القانون الإداري وعدم وجود قانون شامل يشتمل على النصوص والقواعد القانونية، إذ إن الاعتماد في التطبيق العملي على السوابق القضائية والأعراف الدولية، كما أن التطور العلمي الحديث لم يتوقف سير خطاه، إذ إنه في تقدم مستمر في ظل الثورة المعلوماتية الإلكترونية بهذا الاختصاص، كما أن التطور السريع وما صحبه من إجراءات في إبرام العقود بواسطة شبكة الاتصالات الدولية لم يثر المكتبة الفقهية الاجتهادية بكم من القضايا التي تثير عجزاً أو تقصيراً في الطرح لقانون عن آخر.
2. إن التوقيع الإلكتروني وما برز من صور له، أثبتت الحجية القانونية في العقود المدنية وقانون المعاملات الإلكترونية الأردني، كما أن طرح المرفق العام للمناقصات والعطاءات يتم من خلال عرض الإجراءات والآليات المتبعة التي يتطلبها العقد الإداري الإلكتروني.
3. أصبح التعاقد ذا قيمة قانونية في المنظومة الاقتصادية للدولة، في ظل تدخل الدول في مختلف المجالات والأنشطة الاقتصادية بهدف تحقيق الصالح العام والمنفعة العامة للوطن والمواطن على حد سواء.

منهجية البحث:

لقد تم الاعتماد على المنهج الوصفي التحليلي في الدراسة لا الذي ينطلق من دراسة الأبعاد النظرية للرقابة القضائية على سلطة الإدارة

التقديرية، ومن ثم تحليل المبادئ القانونية المتعلقة بموضوع الدراسة في سبيل بناء الإطار النظري، إلى جانب البحث التحليلي النقدي للأحكام القانونية وصولاً لاستخلاص الأهداف والغايات التي من أجلها أعدت هذه الدراسة.

الفصل التمهيدي

العقود الإدارية وأهميتها الدولية

المبحث الأول: التعريف بالقانون الإداري.

المطلب الأول: تعريف القانون الإداري.

المطلب الثاني: خصائص القانون الإداري.

المبحث الثاني: شبكة الاتصالات الدولية (الإنترنت).

المبحث الثالث: الحكومة الإلكترونية.

المطلب الأول: الحكومة الإلكترونية.

المطلب الثاني: فوائد الحكومة الإلكترونية.

الفصل التمهيدي

العقود الإدارية وأهميتها الدولية

نظراً للمكانة التي تتمتع بها العقود الإدارية، نرى أنه من باب أولى، قبل التعرض للعقود الإدارية، أن نمهد لذلك بدراسة عن القانون الإداري وخصائصه في مبحث أول، ثم نقوم ببيان ماهية شبكة الاتصالات الدولية (الإنترنت) في مبحث ثانٍ، ثم نبين الدور الذي تلعبه شبكة الإنترنت في تنفيذ مهام الإدارة في ظل تطور المعلوماتية، وذلك من خلال استعراضنا لمفهوم الحكومة الإلكترونية وبيان أهدافها في مبحث ثالث.

المبحث الأول

التعريف بالقانون الإداري

إن المتأمل لوظائف الدولة بشكل عام يجد أنها برغم تنوعها واختلاف اتجاهاتها، تتمثل في ثلاث وظائف رئيسة هي:

1. الوظيفة السياسية القانونية المتصلة بتحقيق النظام الاجتماعي العام وما يتطلبه من إجماع، وسن التشريعات اللازمة لإقامة الحياة الاجتماعية داخل الإقليم الذي تفرض سيادته عليه، والدفاع عن حدود الإقليم.
2. الوظيفة الاقتصادية المتصلة بتحقيق البعد الاقتصادي للدولة من خلال سن التشريعات الاقتصادية، وكذلك تنظيم عملية الإنتاج، وتوفير المدخلات اللازمة له، وضبط عمليات التوزيع وكذلك الاستهلاك.
3. الوظيفة الأيدولوجية المتصلة بإفراز الأفكار الأيدولوجية ونشرها والعمل على استمرارية الأطر الشرعية القائمة.

ولم تقتصر أفعال الدولة الاقتصادية على تنظيم وإدارة الأطر الاقتصادية، إذ اتجهت في السنوات الأخيرة إلى التنازل جزئياً عن تملك الوحدات الإنتاجية مع احتفاظها في تنظيم عمليات التوزيع، وتنظيم أرصدة الدولة ونفقاتها.

ويحكم إدارة الدولة من حيث تكوينها ونشاطها القانون الإداري. فما هو القانون الإداري؟ وكيف نشأ؟ وما هي أهم خصائصه؟

المطلب الأول: تعريف القانون الإداري

تعددت التعريفات الخاصة بالقانون الإداري Administrative Law بتعدد المدارس الفقهية المتخصصة في هذا المجال.

الدكتور سليمان محمد الطماوي يعرفه بأنه: هو ذلك القانون الذي ينطبق على الإدارة بمعنييها العضوي والوظيفي، بحيث يحكم الهيئات الإدارية في قيامها بوظيفته الإدارية. (1)

أما الدكتور ماجد راغب الحلو فيعرفه: القانون الإداري هو أحد فروع القانون العام الداخلي، يتضمن القواعد التي تحكم إدارة الدولة من حيث تكوينها ونشاطها باعتبارها سلطة عامة.(2)

أما الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب فيعرفه بأنه: ذلك الفرع من فروع القانون العام الداخلي الذي يتضمن القواعد القانونية التي تحكم

---

(1) ويرى الدكتور سليمان محمد الطماوي أن لكلمة الإدارة معنيين متباينين:

أ- عضوي: ومفاده أن الإدارة هي مجموعة منظمات (Ensemble does Organismes) تقوم بتحقيق تدخل الدولة الحديثة في حياة الأفراد اليومية، وذلك تحت إشراف السلطات السياسية فيها. ويندرج تحت هذا المدلول السلطات المركزية (كرئيس الجمهورية، والوزراء والمحافظين ومن إليهم)، والسلطات اللامركزية الإقليمية (كمجالس المحافظات والمراكز، والمدن والأحياء والقرى)، وغير الإقليمية (كالهيئات العامة).

ب- وظيفي: وفحواه أن الإدارة هي النشاط (Activite) الذي تحققه الهيئات سالفة الذكر ويؤدي إلى اتصال الإدارة (بمعناها الأول) بالأفراد، فيجعلهم مستفيدين من الخدمات التي تؤديها المرافق العامة، أو مستحقين لتعويض ناتج عن التصرف الخاطئ الصادر من إحدى الهيئات الإدارية .. إلخ.

للمزيد انظر: د. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دراسة مقارنة، القاهرة، دار الفكر العربي، 1996، ص5.

(2) د. ماجد راغب الحلو، مبادئ القانون الإداري في الإمارات، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار القلم للنشر والتوزيع، دبي، 1990، ص13.

السلطات الإدارية في الدولة من حيث تكوينها ونشاطها بوصفها سلطات عامة تملك حقوقاً وامتيازات استثنائية في علاقتها بالأفراد. [1]

ويلاحظ على هذه التعريفات السابقة عدم معالجتها لموضوع النزاعات، باستثناء ما أورده أستاذنا الدكتور خالد الزعبي في تعريفه للقانون الإداري، إذ عرفه بأنه: ذلك الفرع من القانون العام الذي يتضمن القواعد التي تحكم تنظيم الإدارة العامة ونشاطاتها وما يثيره هذا النشاط من منازعات. [2]

ويشار هنا إلى أنه جرت العادة على تقسيم القانون العام إلى قانون عام دولي، وقانون عام داخلي، بحيث يقسم القانون العام الداخلي إلى فروع هي: القانون الدستوري، القانون الإداري، القانون المالي، القانون الجزائي. [3]

وبناء على ما سبق يمكننا تعريف القانون الإداري بأنه: مجموعة من القواعد القانونية التي تحدد كيفية تكوين الهيئات الإدارية، وتنظيم أعمالها ونشاطاتها وتبين سلطاتها المحددة لها، وما يترتب عليها حال تجاوزها حدود تلك السلطات.

فالقانون الإداري هو أحد فروع القانون العام (Public Law)، إذ يختص القانون العام بتنظيم العلاقات التي يكون أحد الأطراف فيها من

---

(1) د. محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص10.

(2) أ.د. خالد سمارة الزعبي، القانون الإداري، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998، ص9.

(3) للمزيد انظر: د. منصور مصطفى منصور، المدخل للعلوم القانونية، الجزء الأول، نظرية القانون، مكتبة سيد عبدالله وهبة، القاهرة، 1969، ص34 ـ 53.

الأشخاص الذين يملكون السيادة ويعمل بما له من سيادة، وذلك على عكس القانون الخاص (Private Law) الذي ينظم العلاقات فيما بين أشخاص لا يملكون سيادة.

فالتوازن فيما بين مصالح الدولة من جهة ومصالح الأفراد من جهة أخرى هو ما يهدف إليه القانون الإداري، وذلك من خلال حماية الأفراد من سوء استخدام السلطة من قبل صاحبة السيادة عن طريق المحاكم الإدارية (Administrative Tribunals).

المطلب الثاني: خصائص القانون الإداري

يتميز القانون الإداري عن غيره من القوانين الوضعية الأخرى بجملة خصائص تتمثل فيما يلي:

أولاً: القانون الإداري حديث النشأة

فكما أسلفنا تعود نشأة القانون الإداري لسنة 1972 إبان قيام الجمهورية الثالثة، ومنح المشرع الفرنسي مجلس الدولة الفرنسي الصلاحيات التامة وإلزام الإدارة بتنفيذ قراراتها، إذ قرر القانون إنشاء نظام القضاء المفوض (Delegated Legislation)، ومن ثم انتقل منها إلى غيرها من دول العالم. إذ لا تزال المبادئ الرئيسة للقانون الإداري غير أكيدة وغير محددة نتيجة للتطور الهائل في التقدم العلمي وما يلحقه من تأثيرات في أنشطة الدولة ومرافقها.

فالقانون الإداري على عكس القوانين الأخرى، كالقانون المدني إذ تعود نشأته إلى القانون الروماني والشريعة الإسلامية.[1]

---

(1) د. شاب توما منصور، القانون الإداري، دراسة مقارنة، الجزء الأول، دار الطبع والنشر الأهلية بمساعدة جامعة بغداد، 1970 ـ 1971، ص46.

ثانياً: القانون الإداري قانون غير مقنن

يعرف التقنين بأنه: جمع وتصنيف وترتيب وتبويب الموضوعات المتعلقة بفرع معين من فروع القانون، وإعادة إصدارها مرة أخرى من قبل السلطة المختصة في مدونة واحدة.[1]

فالتقنين عملية تصدر من قبل السلطة التشريعية، وهو ما لم يصدر بشأن القانون الإداري، باستثناء ما أورده المشرع في أغلبية قوانين الدول من إنشاء قضاء مستقل مبيناً اختصاصات ذلك القضاء.

ويعود ذلك إلى سرعة وتطور واتساع نطاق ونشاط الإدارة بشكل عام، وكذلك تشعب مجال القانون الإداري وتأثره بالعوامل السياسية والاقتصادية والاجتماعية دائمة التغيير، مما يصعب معه صياغة النظريات العامة للقانون الإداري وقواعده التي تمكن القضاء من استنباط أحكامه من نصوص ثابتة ومحددة، مما يعيق تقدم وإمكانية تطور النشاط الإداري، مما ينعس سلباً على الأفراد.[2]

ثالثاً: القانون الإداري قانون قضائي

وفق ما بيناه في الخصيصة السابقة من كون القانون الإداري قانوناً غير مقنن نتيجة حداثة نشأته، فإنه يتصور عدم حل المنازعات المعروضة على القضاء فيما يصدر عن الجهة الإدارية من قرارات في غير الحدود والصلاحيات الممنوحة لها.

---

(1) حسن كيرة، المدخل إلى القانون، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974، ص259.

(2) للمزيد انظر: أ. د. خالد سمارة الزعبي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص39 ـ 41.

ولكن هل يبقى القاضي مكتوف الأيدي ولا يفصل في النزاع المعروض عليه؟

إن القاضي ملزم بالفصل في المنازعات المعروضة عليه، رغم عدم وجود نصوص قانونية يستطيع فيها القاضي تكييف النزاع والحكم وفق القاعدة القانونية.

وبالتالي، ولتحقيق العدالة والتوازن فيما بين الأطراف المتنازعة، وجب على القاضي أن يجتهد في البحث عن قاعدة يستنبط من خلالها ما يتفق والنزاع المعروض عليه للفصل فيه، مما يصعب من مهمة القاضي الإداري.

ومن هذا المنطلق يتميز القانون الإداري بأنه قانون قضائي، حيث إن القاضي الإداري هو مصدر القاعدة القانونية الرسمي.

ويرتب القانون الإداري باعتباره قانوناً قضائياً عدة نتائج من أهمها: [1]

1. من وجهة النظر الشكلية لا توجد القواعد القانونية الإدارية ضمن مجموعة موحدة تشكل قانوناً ما، باستثناء القرارات الصادرة عن المحاكم الإدارية، وبالتالي فإن دراسة الأحكام القضائية في القانون الإداري لها ذات الأهمية حال دراسة المواد القانونية للقانون المدني أو الجزائي أو التجاري أو غيرها من القوانين.
2. إن القانون الإداري من صنع القاضي، لعدم ورود نصوص تشريعية بمبادئه الأساسية، وإنما تولى أمرها القضاء، فالقاضي الإداري

(1) د. شاب توما منصور، القانون الإداري، مرجع سابق، ص49.

يواجه المشاكل من وجهة النظر القضائية، إذ إنه خلال سعيه للوصول إلى حكم في المسألة التي ينظر فيها يحاول قدر الإمكان والمستطاع أن يجعل حكمه ملائماً للنزاع المعروض عليه، لذلك يكون الطابع العملي واضحاً بما يقرره من أحكام.[1]

(1) انظر: أ. د. خالد سمارة الزعبي، القانون الإداري، المصدر السابق، ص41.

المبحث الثاني

شبكة الاتصالات الدولية (الإنترنت)

يعد تطور الإنترنت ثورة مذهلة في عصر المعلومات، حيث ظهر على أثر ذلك ما يسمى بالاقتصاد الرقمي، واقتصاد المعرفة، وكذلك التجارة الإلكترونية، حيث يكون الاعتماد فيها جميعاً على شبكة الإنترنت.

ويعزى التقدم في مجال صناعة الحاسب الآلي إلى الاختراع المعروف بـ (VLSI) الذي هو اختصار لـ (Very Large Scale Integration) الذي يسمح بوضع أكثر من مئة ألف ترانزستور في التميز المربع الواحد مما يسمح بأدائه لوظائف متعددة في زمن قياسي.[1]

ولقد اختلف في اعتماد تسمية موحدة للحاسب الآلي، حيث إن التسمية المعتمدة لدى المجمع اللغوي هي (الحاسب الإلكتروني)، في حين اعتمدت المنظمة العربية للمواصفات والمقاييس مصطلح الحاسوب.

أما لفظة كومبيوتر (Computer) فهي إنجليزية الأصل، ويقابلها في الفرنسية لفظ (Ordinateure).

ويعرف الحاسب الآلي (Computer) بأنه: جهاز إلكتروني يستطيع ترجمة أوامر مكتوبة بتسلسل منطقي لتنفيذ محاولة إدخال بيانات أو إخراج معلومات وإصدار عمليات حسابية أو منطقية، ويقوم بالكتابة على أجهزة الإخراج أو التخزين، ويتم إدخال البيانات بواسطة مشغل الحاسب

(1) See: Gbremond, Larevolution: Infomatigue, Dicitionnaive, the matique ediction, Hatler, 1982, P.6.

وعن طريق وحدات الإدخال، مثل لوحة المفاتيح، أو استرجاعها من خلال وحدة المعالجة المركزية التي تقوم بإجراء العمليات الحسابية والعمليات المنطقية وبعد معالجة البيانات يتم كتابتها على أجهزة الإخراج، مثل الطابعات أو وسائط التخزين المختلفة.[1]

ويعرفه آخرون بأنه: جهاز يتكون من عنصرين؛ مادي ومعنوي. يشمل الأول كل المكونات المادية (الأجهزة) في حين يشمل الآخر (البرامج)[2] حيث يتم تشغيله على ضوء برنامج يتم تحميله وتخزينه في ذاكرته ومن ثم يقوم باستقبال البيانات ومعالجتها بإجراء العمليات المختلفة على النحو المطلوب منه بغية الوصول إلى نتائج محدودة.[3]

ولقد ظهر الإنترنت إبان تنفيذ مشروع حكومي أمريكي في العقد السادس من القرن العشرين، وذلك عندما تحالفت وكالة مشروعات البحوث المتقدمة بوزارة الدفاع الأمريكية وقامت بتنفيذ المشروع الذي كان اسمه (الآربانات ARPANET) وهو اختصار لـ (Advance Agency Net Work Research Projects).

---

(1) د. فهمي طلبة وآخرون، الموسوعة الشاملة لمصطلحات الحاسب الإلكتروني، موسوعة دلتا كومبيوتر، المكتب المصري، القاهرة، مطابع مكتب القاهرة، 1991، ص108.

(2) يعرف البرنامج (Software) على أنه: تعليمات مكتوبة بلغة ما، موجهة إلى جهاز تقني معقد يسمى الحاسب الآلي لغرض الوصول إلى نتيجة معينة.

د. حسام محمد لطفي، الحماية القانونية لبرامج الحاسب الإلكتروني، دار الثقافة للطباعة والنشر، القاهرة، 1998، ص707.

(3) د. محمد حماد مرهج الهيتي، التكنولوجيا الحديثة والقانون الجنائي، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2004.

ونتيجة لهذا المشروع قامت وزارة الدفاع الأمريكية بالتعمق في الدراسة والبحث، حيث كان من ثمرة ذلك أن أنشأت وكالة الدفاع الأمريكية لمشاريع الأبحاث المتطورة (دابرا DAPRA) برنامجاً عرف بمشروع التشبيك الدولي (Internet Working).[1]

وكان مشروع (ARPANET) يهدف لتحقيق هدف إستراتيجي يتمثل في إرسال تعليمات التصويب من خلال مركز التحكم إلى قواعد الصواريخ حتى وإن تم تدمير جزء من شبكات الاتصالات المحلية نتيجة تعرضها للهجوم.

ويعود أصل الفكرة للباحث بول باران (Poul Baran) عام 1962 حين اقترح على الحكومة الأمريكية اقتراحاً لمثل هذه الشبكة في مقالة له بعنوان (حول شبكات الاتصال الموزعة)، حيث اقترح في المقالة إنشاء نظام من الحواسيب المتصلة ببعضها على شكل عقد، بحيث يشمل كافة الولايات المتحدة، وذلك عن طريق استخدام شبكة لا مركزية (Distributes Network) بحيث تواصل بقية العقد اتصالها ديناميكياً إذا دمرت بعض العقد.[2]

---

(1) تعرف (Net Work) والتي تقابلها في الفرنسية (Reseau) على أنها: عدة أدوات أو أجهزة مرتبطة ببعضها وبشكل تؤلف معه شبكة.

انظر: ماهر سليمان، حسام عابد، إياد خدام، أساسيات الإنترنت، الطبعة الأولى، دار الرضا للنشر والتوزيع، دمشق، 2000، ص11.

ويشار هنا إلى أن الولايات المتحدة الأمريكية قد واجهت صعوبات بالغة في محاولات لتدمير شبكة الاتصالات العراقية، وذلك بسبب استخدام العراق لنفس التكنولوجيا المتوافرة والموجودة في الإنترنت.

انظر: جيري هونيكوت، مبادئ الإنترنت، ترجمة عمر الأيوبي، أكاديميا إنترناشونال، الفرع العلمي من دار الكتاب العربي، بيروت، 1997، ص18.

(2) جيري هونيكوت، مبادئ الإنترنت، مرجع سابق، ص18.

ومن ثم تم دراسة الاقتراح المقدم من قبل وزارة الدفاع الأمريكية (البنتاغون)، وفي عام 1969 تم إنشاء وكالة مشاريع الأبحاث المتقدمة لتنفيذ المشروع المقترح[1]، ومن ثم بدأت الشبكة بالتوسع إلى أن ازداد عدد المواقع من أربعة مواقع عام 1969 إلى عشرين موقعاً عام 1971 من بينها جامعتي (MIT وHarford)، وفي العام 1974 تضمنت (ARPANET) 62 موقعاً[2]، إلا أن ازداد العدد هذه الأيام لعشرات الملايين في ظل التطور والنمو.

فما هو الإنترنت؟؟

إن الإنترنت كلمة إنجليزية الأصل[3]، حيث إنها اختصار لكلمتي (International وNetwork)، بحيث تعني (الشبكة الدولية).

وتقسم الشبكات إلى قسمين:

1. الشبكات المحلية (**Local area Network**): وهي الشبكة التي تكون فيها الأجهزة موجودة في مكان واحد (الموقع نفسه).

---

(1) للمزيد انظر: بيتر دايسون، بات كولما، لن غيلبرت، ألف باء الإنترنت، مركز التعريب والترجمة، الدار العربية للعلوم، الطبعة الأولى، بيروت، 1998، ص31.

(2) Edwards, Lilian and Waelok, Charlotte, Law and the Internet Regulating cyberspace, Hart publishing, Oxford, U.K, 1997, P.100.

(3) يقصد بالشبكة Network: اتصال جهازين أو أكثر من أجهزة الحاسوب اتصالاً سلكياً أو لاسلكياً.

انظر: د. هلالي عبد اللاه أحمد، تفتيش نظام الحاسب الآلي وضمانات المتهم المعلوماتي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 1997، ص 37.

أما الدكتور عبد الحسن الحسيني فيعرفها على أنها: عدة أدوات أو أجهزة مرتبطة ببعضها بشكل تؤلف معه شبكة.

انظر: د. عبد الحسن الحسيني، قاموس المعلوماتية، مرجع سابق، ص239.

2. الشبكات واسعة النطاق أو الممتدة (Wide area Network):
وهي الشبكة التي تكون فيها الأجهزة موزعة في أماكن متفرقة بحيث يتم ربطها عن طريق خطوط الهاتف، ومنها شبكة الإنترنت.

مما سبق يتبين لنا أن الإنترنت عبارة عن شبكة تتألف من العديد من الأجهزة Computers بحيث تكون مرتبطة ببعضها بعضاً عن طريق خطوط الهاتف أو الأقمار الصناعية، لتمكن المستخدم User من الدخول إلى الشبكة من أي مكان في العالم وفي أي وقت، وعلى أن يكون جهاز الحاسب الآلي الكمبيوتر Computer مزوداً بمودم Modem مربوطاً بخط الهاتف، بهدف تمكين المستخدم User من استقبال وإرسال البيانات Data عبر مزود الخدمة Service Provider.(1)

---

(1) د. جميل عبد الباقي الصغير، الإنترنت والقانون الجنائي، الأحكام الموضوعية للجرائم المتعلقة بالإنترنت، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2000، ص404.

تعرف حزمة البيانات على أنها: وحدة معلومات تتكون من عدد معين من المقاطع البيانية (الباتيات)، ترسل متتابعة على قناعة الاتصال للمواد المبعوثة عليها، وتشمل مضمون الرسالة مسبوقة برمز يمثل عنوان الجهة (الكومبيوتر) المرسلة إليها وأي معلومات أخرى.

بيل جيتس، المعلومات بعد الإنترنت، طريق المستقبل، ترجمة د. عبد السلام رضوان، سلسلة عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الطبعة الأولى، الكويت، 1998، ص165.

يشار إلى أن مصطلح (بيانات) يختلف عن مصطلح (معلوماتية Informatics) إذ إن مصطلح (معلوماتية) يعني المعالجة الآلية للمعلومات، وهو اختصار لكلمتي (Information) بمعنى معلومات، وكلمة (Automatique) بمعنى آلي.

انظر: د. حسام طه تمام، الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلي، الحماية الجنائية للحاسب الآلي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2000، ص270.

وهنالك عدد من الجمعيات والمجموعات التنظيمية التي تعنى بالإشراف على الإنترنت التي من أهمها جمعية الإنترنت (ISOC) التي ينبثق عنها كل من:

1. مجلس عمارة الإنترنت (Internet Architecture Board (IAB: ويعمل أعضاؤه البالغ عددهم 13 عضواً كمجموعة استشارية لجمعية الإنترنت.
2. فريق عمل هندسة الإنترنت (Internet Engineering Task (IETF Force: وهو هيئة تابعة لمجلس عمارة الإنترنت، بحيث يهتم بالمشاكل الفنية وحماية البرامج والمعلومات.
3. مركز معلومات شبكة الإنترنت (Inter NIC).[1]

---

(1) للمزيد انظر:

- فاروق حسين، الإنترنت الشبكة الدولية للمعلومات، دار الراتب الجامعية، بيروت، 1997، ص24 وما بعدها.
- عبد القادر عبد الله الفتوخ، الإنترنت للمستخدم العربي، مكتبة العبيكان، الطبعة الأولى، المملكة العربية السعودية، 1998، ص24.

المبحث الثالث

الحكومة الإلكترونية

إن من سمات هذا العصر أنه عصر يمتاز بالسرعة في النمو في كافة المجالات التقنية والمعرفية والمعلوماتية، ومما يدل على ذلك الانتشار الكبير لشبكة الإنترنت والمواقع الإلكترونية التي تعالج كافة المجالات. فالعالم يتغير في كل يوم خارجاً عن السيطرة ومتحدياً لكافة الخطط التنموية سواء أكانت اقتصادية أن سياسية، وكذلك إن كانت قصيرة أم بعيدة الأمد. حيث يفرض هذا التغيير تغييراً جذرياً في كيفية معالجتنا للأمور الحياتية اليومية.

ولقد أدى ذلك إلى تغيير جذري في آلية تنفيذ المهام، سواء أكانت شخصية أم صادرة عن جهة إدارية. مما استلزم مع هذا التغيير السعي لإيجاد أطر تنظيمية وتشريعية تستمد من أساس التغيير التكنولوجي المتصل بالثورة المعلوماتية، وبما يتسم ويتوافق مع حجم التدابير اللازمة لمواجهة المتطلبات في ظل النمو المتزايد لعصر اتسم بالثورة المعلوماتية.

ففي الآونة الأخيرة شهدت الإدارة تطوراً ملموساً نتيجة التطورات الحديثة في تقنية المعلومات، فأصبحت الإدارة الحديثة قائمة على استخدام الوسائل والتقنيات الإلكترونية بكل ما تقتضيه الممارسة أو التنظيم أو الإجراءات الإدارية، بهدف استثمار الجهد والوقت، للوصول إلى تحقيق الرضى لجميع المتعاملين والمستفيدين من الأفراد.

المطلب الأول: الحكومة الإلكترونية[1]

ذاع استعمال مصطلح الحكومة الإلكترونية مؤخراً في عدد من الدول الصناعية ودول الاتحاد الأوروبي وبعض البلدان العربية، سعياً من هذه الدول إلى إيجاد أرضية مشتركة لتوحيد الإجراءات الإدارية في محاولة لتقليل الجهد والتكلفة على المؤسسات الحكومية من جانب وعلى الأفراد من جانب آخر.

فالحكومة الإلكترونية ما هي إلا معرفة متطورة في تطور المعرفة الإدارية وتقنياتها التطبيقية ومهاراتها الفنية والمهنية.

ويعد تناول مفهوم الإدارة الإلكترونية مدخلاً مهماً لتعريف الحكومة الإلكترونية.[2] إذ إن الإدارة الإلكترونية تقوم على مبدأ التكامل الإلكتروني للمعلومات المختلفة بين المؤسسات والعمليات التي تحكم الفعاليات، كما تشمل إدارة المرفق والتفاوض التجاري والعقود والإطار التنظيمي والتشريعات، وكذلك التسويات المالية والضرائب.[3]

---

(1) بدأ مفهوم الحكومة الإلكترونية بالظهور على المستوى العالمي أواخر منتصف العقد التاسع من القرن العشرين، حيث بدأت هيئة البريد المركزي في ولاية فلوريدا بتطبيق نظام الحكومة الإلكترونية على تصريف أمور إدارتها للمرفق. أما الظهور الرسمي لمفهوم الحكومة الإلكترونية فكان في مؤتمر نابولي Mars 2001.

(2) د. محمد حربي حسن، إستراتيجيات الحكومة الإلكترونية، أنموذج مقترح للوطن العربي، مؤتمر المعرفة المعلوماتية والإدارة الإلكترونية، جامعة فيلادلفيا، كلية العلوم الإدارية والمالية، 16 ـ 18 نيسان، عمان، الأردن، 2002، ص6.

(3) د. منصف قرطاس، التجارة الإلكترونية والإشكاليات التطبيقية المطروحة، الجمعية المهنية لبنوك تونس، دون تاريخ نشر، ص17.

فالإدارة الإلكترونية تقوم على جمع أكبر عدد من المواقع الإدارية المتباعدة في شبكة اتصال إلكتروني سلكية أو لا سلكية، حيث تمثل أحد أوجه الإنترنت.

والإدارة الإلكترونية تعمل خارج إطار الانطباع الذهني الذي يراود الكثيرين، حينما يتصورون أنها لا تخرج عن كونها تنفيذ عمليات روتينية أو تبادل بيانات إلكترونية (Electronic data exchange)، فهي مدخل تكاملي لاستثمار أفضل، بحيث إن كل شيء مبرمج وفق ما تقتضيه المصلحة العامة.

فلا مجال للوساطة أو المحسوبية في نظام الإدارة الإلكترونية، إذ إن جميع المستفيدين من النظام على الدرجة نفسها من المساواة أمام القانون، مما يستوجب كفاءات ومهارات مخصصة للعمل على هذا النظام، بالإضافة إلى توافر البيئة التحتية اللازمة للتوافق مع متطلبات عصر يتقدم بسرعة هائلة.

مما سبق يتبين لنا أن العلاقة بين إدارة الأنشطة والممارسات الحكومية والمعطيات الإلكترونية تعكس بوادر النهوض بجودة الأداء وعقلانية القرارات الإدارية المختلفة، حيث تمارس الإدارة أنشطتها من خلال ترابط كافة العناصر بتكنولوجيا المعلومات بحيث ينعكس ذلك على التخطيط المستقبلي والتنظيمي لأوجه نشاط الإدارة المختلفة.

فمضمون مصطلح الحكومة الإلكترونية ارتبط باستخدام نتاج الثورة المعلوماتية لتطوير عمل المؤسسات الحكومية، فضلاً عن توسيع قاعدة المستفيدين من الخدمات العامة المقدمة من قبل تلك المرافق وإتاحتها للجميع (Accessibility)، وكذلك تحسين أساليب تقديمها للأفراد.

ويحمل كذلك مفهوم الحكومة الإلكترونية إشارات فلسفية ينطوي عليها إجراء تغيير توعي على إعادة النظر في مفاهيم الإدارة العامة ومضامين الخدمة العامة.

وعلى هذا الأساس تنسخ الصورة التقليدية للحكومة وتستبدل بمكونات الواقع الجديد، بحيث تصاغ بضوئها العلاقات التبادلية بين أجهزة الحكومة من جهة وجمهور المستفيدين من خدماتها من جهة أخرى في أي زمان وأي مكان.[1]

المطلب الثاني: فوائد الحكومة الإلكترونية

تعتمد فكرة الحكومة الإلكترونية على العمل في أكثر من اتجاه وبأساليب مختلفة، إلا أن أهم تلك الطرق يتمثل في الاتصال المباشر بين الحكومة والمستفيدين من الخدمات المقدمة، وذلك من خلال نافذة أو بوابة واحدة تركز فيها كل الخدمات بحيث يكون الوصول إليها من قبل المستفيدين.

أما الاتجاه الذي يهم دراستنا فيكمن في محور الاتصال المباشر فيما بين المرفق الإداري من جهة والشركات التي تملك أجهزة كومبيوتر (حواسيب) مزودة بخدمة الإنترنت، مما يسهل من إمكانية اتصال الإدارة بالموردين، الأمر الذي يؤدي إلى تقليل التكلفة والإنفاق الحكومي نتيجة التعامل بكميات كبيرة، كما أنه يرسي مبدأ الشفافية الكاملة في التعامل.

---

(1) د. نائل عبد الحفيظ العواملة، الحكومة الإلكترونية ومستقبل الإدارة العامة، دراسة استطلاعية للقطاع العام في دولة قطر، دراسات، المجلد 29، العلوم الإدارية، 2002، ص150.

كما يعد تسهيل تقديم خدمات الحكومة والسرعة في إنجازها عاملاً مهماً في تشجيع الاستثمار والقضاء على البيروقراطية[1] في الأداء الإداري، إذ يؤدي إلى زيادة الثقة من قبل المستثمرين في قدرة الاقتصاد المحلي على مواكبة التطورات والمستجدات على كافة الأطر المحلية منها والدولية.

فعندما تؤسس الحكومة أساساً قوياً ومتيناً وفعالاً في مجال تقديم الخدمات إلكترونياً سواء للأفراد أو المنظمات الخاصة المحلية منها والدولية، فإن ذلك سيؤدي في النهاية لخلق مناخ إيجابي يمكن تلك الجهات من إجراء تجارة إلكترونية فيما بينها وبين المرافق العامة بغرض تقليص النفقات وتحسين السيطرة على المخزون الإستراتيجي للمرافق العامة.

---

(1) إذ تمكن الحكومة الإلكترونية المرافق العامة المختلفة من تنفيذ أعمالها إلكترونياً دون العودة في مهام كثيرة إلى المراكز القيادية العليا.

الفصل الأول
العقد الإداري

الفصل الأول

العقد الإداري

يعد العقد من أهم التصرفات القانونية في الحياة العملية، ولقد عرفته المادة (1101) من التقنين المدني الفرنسي بأنه: "اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص آخر أو أكثر بإعطاء، أو بعمل، أو بالامتناع، عن عمل شيء".

ويفرق فريق من الفقهاء الفرنسيين فيما بين الاتفاق (Convention) والعقد (Contract)، على اعتبار أن الاتفاق أعم من العقد.

ولا يكفي لقيام عقد يخضع للقواعد العامة الواردة في التقنين المدني أن يوجد اتفاق فيما بين أطرافه على إحداث أثر قانوني، بل يشترط أن يكون هذا الاتفاق يتعلق بمعاملة مالية تدخل ضمن القانون الخاص.

فالاتفاقات التي تبرم فيما بين الدولة بوصفها سلطة عامة والأشخاص الخاضعين لهذه السلطة لا تعد عقوداً بالمعنى المقصود، وإنما يصبغ عليها وصف العقود الإدارية، وتحكمها قواعد القانون الإداري (Convention).[1]

فما هو إذاً العقد الإداري؟؟

---

(1) للمزيد انظر: د. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1974، ص37 ـ 57.

إن الوسائل الفنية للقانون الخاص في المواد المتعلقة بالعقود كان لها الأثر البارز على مبادئ القانون الإداري، ومن هنا فإن الأحكام العامة للعقود المدنية لها مكانتها بين القواعد التي يطبقها القضاء الإداري على العقود الإدارية، ومن الأمثلة على ذلك التزام المرفق العام بمراعاة القواعد التي تقتضيها طبيعة المرفق وضرورة استمراره وضمان حسن سير العمل فيه، مما جعل القضاء الإداري في فرنسا يأخذ بنظرية الحوادث الطارئة في هذا الخصوص.

انظر: بلانيول وريبير وبلانجي، ج2، فقرة 59، ورد كمرجع في مؤلف د. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في القوانين العربية، مرجع سابق، هامش 1، ص55.

المبحث الأول

ماهية العقد الإداري

تتمثل وسيلة الإدارة لتحقيق أعمالها القانونية في القرارات الإدارية، وما تبرمه من عقود. حيث إن القرار الإداري يصدر عن الإرادة المنفردة للإدارة لإحداث مركز قانوني بهدف تحقيق المصلحة العامة.[1]

أما النشاط القانوني للإدارة الذي يصدر من خلال اشتراك إرادة الإدارة مع إرادة أخرى يتمثل في العقود الإدارية، حيث تهدف هذه العقود لتأمين مستلزمات المرفق العام في أسرع وقت لتحقيق النفع العام.

وتأتي أهمية العقود الإدارية من كون العقد هو الوسيلة القانونية لتنفيذ تطلعات الدولة الاجتماعية منها والاقتصادية والتنموية، بالإضافة إلى إمكانية استغلال الإمكانات الطبيعية للدولة.[2]

وتعد نظرية العقود الإدارية من النظريات الحديثة نسبياً في القانون الإداري، حيث يعد حكم تربيه Terrie الصادر عام 1903 ـ المستند إلى تقرير المفوض روميبه ـ الأساس الذي شيدت عليه فكرة العقود الإدارية بطبيعتها، حيث تقرر بهذا الحكم: "أن اختصاص القضاء الإداري يتناول كل ما يتعلق بتنظيم وتسيير المرافق العامة قومية كانت أم محلية، وسواء

(1) للمزيد انظر: أ. د. خالد سمارة الزعبي، القرار الإداري بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، الإصدار الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999.

(2) محمود زكي شمس، الأسس العامة للعقود الإدارية في سوريا، لبنان، مصر، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطبعة الداودي، دمشق، 2000، ص3 وما بعدها.

أكانت وسيلة الإدارة في ذلك عملاً من أعمال السلطة العامة أم تصرفاً عادياً. فالعقود التي تبرمها الإدارة بهذا الخصوص هي من قبيل الأعمال الإدارية بطبيعتها، ويجب أن يختص القضاء الإداري بالفصل في كل ما نجم عنها من منازعات".[1]

المطلب الأول: تعريف العقد الإداري

يعرف العقد الإداري وفق الاتجاه الغالب في قضاء مجلس الدولة الفرنسي بأنه: "ذلك الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، رأيه في ذلك أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام".[2]

وقضت محكمة القضاء الإداري (مجلس الدولة) المصرية بأن القضاء الإداري عبارة عن: "اتفاق يبرمه شخص من أشخاص القانون العام مع أحد الأشخاص أو الهيئات بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه".[3]

---

(1) للمزيد انظر: د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مجموعة رسائل دكتوراه، 1973، ص15.

(2) أ. د. خالد سمارة الزعبي، محاضرات في العقود الإدارية ألقيت على طلبة الدراسات العليا، جامعة عمان للدراسات العليا، 2006/2005، ص4.

(3) الدعوى رقم 1894 لسنة 10ق جلسة 1957/3/20م، 150س، ص150.

ورد كمرجع في مؤلف الدكتور محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام 2004، دراسة تحليلية، الكتاب الأول، القاهرة، 2003، ص15.

ويشار هنا إلى أن المرفق العام هو الدعامة الرئيسة التي بنى عليها العديد من نظريات القانون الإداري، وفي مقدمتها نظرية العقد الإداري.

أما الدكتور محمود حلمي فيعرفه بأنه: العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية جهة الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام.[1]

المطلب الثاني: أنواع العقود الإدارية

تقسم العقود الإدارية إلى نوعين[2] هما: العقود الإدارية بتحديد القانون، والعقود الإدارية القضائية.

النوع الأول: العقود الإدارية بتحديد القانون

وهي تلك العقود التي ينص المشرع على اختصاص المحاكم الإدارية بالنظر في المنازعات الناشئة عنها، وبالتالي إطلاق اصطلاح عقد إداري عليها، ومن أمثلتها: عقود الأشغال العامة، وعقود القروض العامة، وعقود التوريد... إلخ.[3]

---

(1) د. محمود حلمي، العقد الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1974، ص4.

(2) انظر: د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، دار الفكر العربي، 1984، ص112. د. شهاب توما منصور، القانون الإداري، مرجع سابق، ص417.

(3) يشار هنا إلى أن الجهة التي تختص بالنظر في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة في دولة الكويت تخضع لاختصاصات إدارة الفتوى والتشريع، حيث تختص إدارة الفتوى والتشريع بمراجعة العقود التي تبرمها سلطات الدولة والتي تجاوز قيمتها خمسة وسبعين ألف دينار كويتي، وكذلك الدفاع عن الحكومة أمام القضاء، حيث تم إنشاء إدارة الفتوى والتشريع بالكويت بالمرسوم رقم 12 لسنة 1960.

انظر: د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري الكويتي وقانون الخدمة المدنية الجديد، الطبعة الأولى، منشورات ذات السلاسل للطباعة والنشر والتوزيع، السالمية، الكويت، 1980، ص114 ـ 117.

=

النوع الثاني: العقود الإدارية القضائية

وهي العقود التي يعدها القضاء عقوداً إدارية استناداً للمعايير التي اعتمدها القضاء والفقه في هذا الشأن.

أما أستاذنا الزعبي فيقسم العقود الإدارية إلى خمسة أنواع هي:

1. العقود الإدارية بتحديد القانون.
2. العقود الإدارية القضائية.
3. العقود الإدارية المسماة (عقد إيجار الخدمات).
4. العقود الإدارية غير المسماة (عقد استغلال الأموال العامة).
5. العقود الإدارية المبرمجة (العقود التي يتفق على آجال محددة لتنفيذها).[1]

وبالتالي فإن العقد الإداري يستمد قواعده إما من نصوص تشريعية، بحيث تنظم جوانبه، وإما من أحكام القضاء الإداري من خلال الدور الذي

وفي سنة 1962 أخذت دولة الكويت بنظام القضاء الموحد، حيث صدر دستور سنة 1962 ونصت المادة (169) منه على أن: "ينظم القانون الفصل في الخصومات الإدارية بواسطة غرفة أو محكمة خاصة، يبين القانون نظامها وكيفية ممارستها للقضاء الإداري شاملاً ولاية الإلغاء وولاية التعويض بالنسبة للقرارات الإدارية المخالفة للقانون".

إلا أن المشرع لم يطبق نص المادة إلا في سنة 1981، حيث أصدر المرسوم بالقانون رقم (20) لسنة 1981 والذي عدل بالقانون رقم (61) لسنة 1982 المنشور في جريدة الكويت اليوم، العدد 1944، السنة التاسعة والعشرون، وذلك بإنشاء الدائرة الإدارية في إطار المحكمة الكلية، بحيث تتولى الفصل في المنازعات الإدارية، حيث نصت الفقرة الخامسة من المادة الثانية من القانون رقم (61) لسنة 1982 على أنه: "تختص الدائرة الإدارية وحدها بنظر المنازعات التي تنشأ بين الجهات الإدارية والمتعاقد الآخر في عقود الالتزام وعقود الأشغال العامة والتوريد أو أي عقد إداري آخر، وتكون لها فيها ولاية القضاء الكامل".

(1) أ. د. خالد سمارة الزعبي، محاضرات في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص5.

يقوم به القاضي الإداري في استخلاص القانون الذي يحكم العقد المعروض عليه للنظر فيه وتكييفه دون الرجوع لأحكام القانون المدني والقواعد العامة.

وفي ذلك قضت المحكمة الكلية الكويتية بأنه: "يتعين التفرقة بين نوعين من أنواع العقود التي تبرمها جهة الإدارة".

النوع الأول: هو الذي يتماثل في شروطه مع تلك التي يبرمها الأفراد، كعقد تبرمه إحدة الوزارات باستئجار مبنى ليشغله أحد أقسامها. والنوع الثاني: عقود تبرمها الإدارة وتفترق عن عقود الأفراد في شروطها بأن تتضمن شروطاً استثنائية يندر وجودها في عقود الأفراد أو شروطاً تبرز طابع السلطة في العقد مثل عقد إنشاء طريق عام إذ يخول للإدارة سلطات واسعة في الإشراف على تنفيذ العقد، وفي فرض الغرامات المالية الباهظة عن التأخير فيه.

وفي العقود الإدارية التي من هذا النوع الأخير لا تكون كفة كل من المتعاقدين متكافئة، بل إنه تغلب المصلحة العامة في هذا العقد على المصلحة الفردية، مما يجعل للإدارة سلطة مراقبة تنفيذ شروط العقد وتوجيه أعمال التنفيذ واختيار طريقته وحق تعديل شروطه وذلك بإرادتها المنفردة حسبما تقتضيه المصلحة العامة دون أن يتحدى الطرف الآخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، وكذلك حق توقيع جزاءات على المتعاقد وحق فسخ العقد وإنهائه بإجراء إداري دون رضا هذا المتعاقد ومن ثم تلجأ الإدارة في إبرامها للعقد الإداري إلى أساليب معينة كالمناقصة أو المزايدة أو الممارسة، وتخضع لإجراءات وقواعد مرسومة".[1]

(1) قرار صادر بتاريخ 1971/1/31 في القضية رقم 70/69.

=

المبحث الثاني
شروط وخصائص العقد الإداري

مما سبق بيانه، يتبين لنا أن الفقه والقضاء الإداري قد استقر في تعريفه للعقد الإداري بأنه اتفاق يكون أحد أطرافه شخصاً معنوياً عاماً، بحيث يتعاقد بوصفه سلطة عامة، وأن يرتبط العقد بأحد أنشطة المرفق العام بهدف تسييره، وأن يتميز العقد بما تتسم به العقود الإدارية من خلال انتهاجه لأسلوب القانون العام فيما يتضمنه من شروط استثنائية بالنسبة لروابط القانون الخاص.

وبالتالي فالعقد لا يكون عقداً إدارياً إلا توافرت فيه الشروط التي تعرض لها الفقه والقضاء في تعريفه للعقد الإداري، وسنعرض لهذه الشروط بإيجاز على النحو الآتي:

أولاً: أن يكون أحد أطراف العقد شخصاً معنوياً [1]: بمعنى أن يكون أحد أطراف العقد جهة إدارية من أشخاص القانون العام.

ورد في مؤلف أ. د. عزيز الشريف، القانون الإداري (2)، أساليب الإدارة العامة وخضوعها لمبدأ سيادة القانون، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت، 2003 ـ 2004، ص100 وما بعدها.

(1) لا يكفي القول بوجود عقد إداري حال كون أحد أطراف العقد شخصاً معنوياً، بل يجب أن يبقى هذا الشخص محتفظاً بصفته العمومية طيلة مدة تنفيذ العقد، وحال فقدانه لهذه الصفة أثناء التنفيذ، فإنه يصار لتنفيذ أحكام القانون المدني، وبالتالي يكون القضاء المدني هو صاحب الاختصاص بالنظر في المنازعات التي تنشأ عنه.

ثانياً: أن يتعاقد الشخص المعنوي العام بوصفه سلطة عامة: بمعنى إخضاع العقد لقواعد القانون العام، أي القواعد التي تحكم نشاط الإدارة، لا نشاط الأفراد والهيئات والمؤسسات الخاصة.[1]

ثالثاً: أن يرتبط العقد بأحد أنشطة المرفق العام[2]: وذلك بهدف تسيير المفرق العام وتسييره أو إدارته أو استغلاله والمساهمة فيه.[3]

رابعاً: أن يتسم العقد بما تتسم به العقود الإدارية من خلال انتهاجه لأسلوب القانون العام فيما يتضمنه من شروط استثنائية بالنسبة لروابط القانون الخاص.

---

(1) في حال إبرام السلطة التنفيذية لعقد، ولكي نسبغ عليه وصف عقد إداري، فإنه وجب أن تكون السلطة التنفيذية حال إبرامها للعقد قد أبرمته بوصفها سلطة إدارة لا بوصفها سلطة تنفيذية تتولى الحكم، ويستدل على ذلك من خلال كون العقد متصلاً بتسيير مرفق عام.

(2) تحتل فكرة المرفق العام مكاناً مهماً وبارزاً في الفقة الإداري حتى أن بعض الفقهاء يذهب إلى رد جميع نظريات القانون الإداري إلى هذه الفكرة، ومن هؤلاء هوري وديجي وجينر وبونارد.

فالفقيه ديجي ينكر على الدولة أن تكون لها إرادة تعلو على إرادة الأفراد، ولأجل ذلك ابتدع ديجي نظرية التضامن الاجتماعي، والتي تقوم على أساس أن الحكام ينشئون المرافق العامة ويعملون على إشباع حاجات الجمهور.

ففكرة المرفق العام هي أساس القانون الإداري، وهي التي تحدد انطباعاته، فحينما يوجد مرفق عام يكون النشاط إدارياً ويكون القانون واجب التطبيق هو القانون الإداري.

انظر: د. شهاب توما منصور، مرجع سابق، ص191.

(3) تشير د. عزيزة الشريف إلى أنه: لم تصنف ضمن العقود الإدارية العقود الخاصة باستغلال أموال الممتلكات الخاصة كعقود بيع ثمار الحدائق المملوكة للدولة والتي تتصرف فيها الإدارة على شاكلة الأفراد عندما يتصرفون في أموالهم وفقاً لقواعد القانون المدني.

انظر: د. عزيزة الشريف، القانون الإداري، الأموال العامة ـ العقود الإدارية ـ الوظيفة العامة، دار النهضة العربية، 1992، ص74.

بمعنى إخضاع العقد لقواعد القانون العام، وذلك من خلال تضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة بالقانون الخاص.

ويمكن الاستدلال إلى هذه الشروط بقرائن معينة تتمثل فيما يلي: [1]

1. الشروط التي تتضمن امتيازات للإدارة لا يمكن أن يتمتع بها المتعاقد الآخر، كالحق في فسخ العقد وإنهائه بإرادة الإدارة المنفردة، وكذلك الحق في فرض العقوبات على المتعاقد في حالة إخلاله بالالتزامات التعاقدية دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء.
2. إيجاد شروط في العقد تجعل الاختصاص في النزاعات الناشئة عنه للقضاء الإداري.
3. اتجاه نية الشخص المعنوي العام إلى الأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه.

(1) للمزيد انظر: د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2004، ص32 ـ 43.

الفصل الثاني

العقد الإلكتروني

المبحث الأول: تعريف العقد الإلكتروني.

المبحث الثاني: أركان العقد الإلكتروني.

المطلب الأول: الرضى.

المطلب الثاني: صحة التراضي.

المبحث الثالث: محل العقد الإلكتروني.

المبحث الرابع: حجية التوقيع الإلكتروني.

الفصل الثاني

العقد الإلكتروني

إن معطيات التكنولوجيا والتطورات الكمية والنوعية التي شهدها العالم مؤخراً في مجال الاتصالات الإلكترونية والخدمات الإلكترونية المختلفة، أدى إلى إقبال المؤسسات المختلفة على الاستثمار الإلكتروني وتوسيع قاعدة العمل به، إذ ساعد ذلك في تسهيل انسياب حركة الخدمات والتجارة والاستثمار على نحو واسع، فضلاً عن استحداث أطر تشغيلية وخدماتية متطورة وتعميق سلسلة المفاهيم الإدارية والإنتاجية والخدماتية في إطار الأعمال أو الأنشطة الإلكترونية، التي أصبحت بديلاً إستراتيجياً لأساليب وأنماط الإدارة التقليدية.

ولم يكن التحول المنشود حكراً على دولة أو منطقة أو منظمة دون أخرى، وأصبحت عملية التكنولوجيا المشار إليها ممكنة كبنية تحتية للشروع بتطبيق الإدارة الإلكترونية في القطاع الحكومي وغيره. وفي سبيل ذلك ظهرت العقود الإلكترونية E ـ Contract لإتمام عمليات البيع والشراء عن بعد.

فنتيجة التلاحم فيما بين الاقتصاد والإدارة والتكنولوجيا الحديثة ظهرت تغيرات في النظم والأساليب والإجراءات، إذ أصبح العالم اليوم مفتوحاً من خلال بوابات الإنترنت، الأمر الذي أصبحت فيه الحكومات وقبل غيرها مطالبة الآن في دخول العالم الإلكتروني، وذلك بهدف تحسين

خدماتها لإشباع حاجات الأفراد وطرق تأدية تلك الخدمات للأفراد أياً كانوا وفي أي وقت وفي أي زمان.

ويعزى السبب في ذلك لكون الحكومات هي المساهم الرئيس في التغير والتحول نحو الأسلوب الإلكتروني. والحكومة التي تتبع مثل هذه الإجراءات تحقق وفراً اقتصادياً في النفقات، ففي ولاية واشنطن فإن الشراء الحكومي الإلكتروني يوفر في المتوسط من 10 ـ 20٪ من تكلفة المواد والمشتريات، وكذلك تتوقع حكومة تشيلي أن توفر مبلغ 200 مليون دولار من جملة 4 بليون دولار قيمة المناقصات السنوية للدولة، وذلك بعد وضع نظام المشتريات على موقع إلكتروني.[1]

(1) See: Atallah, E Sami, Government: Consideration for Arab State. United Nation Development Programmer, April, 2001.

المبحث الأول

تعريف العقد الإلكتروني[1]

يخضع العقد الإلكتروني في تنظيمه للقواعد والأحكام العامة التي تنظمها النظرية العامة للعقد المدني.

ولقد عرفت المادة الثانية من قانون المعاملات الإلكترونية العقد الإلكتروني بأنه: "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية، كلياً أو جزئياً".[2]

وبالتالي فإن خصوصية تعريف العقد الإلكتروني وفق رؤيا المشرع تتركز حول العامل أو العنصر الإلكتروني في هذا العقد، بمعنى أنها تتركز حول الطريقة أو الوسيلة التي يتم بها انعقاد هذا العقد.

ولكي يستطيع المشترك إبرام عقد إلكتروني فإنه يتعين عليه ابتداء ولإبرام العقد عبر شبكة الإنترنت أن يكون متصلاً بهذه الشبكة التي بفضل البنية التحتية للاتصالات المزودة بها فإنها تمكن المشترك من الاتصال عن بعد، وبالتالي يصفها البعض بأنها شبكة دولية للاتصالات عن بعد، أو بأنها شبكة مفتوحة.[3]

---

(1) راجع تفصيلاً:

Guillaume Beaure D'augeres, Pierre Breese Et Stephanie Thuilier, Paiment Numeriqe Sue Internet, Etat De I Art, Aspects Juridiques Et Impact Sur Les Métiers, Thomson Publishing, 1997, P.75 Et S.

(2) قانون المعاملات الإلكترونية، قانون مؤقت رقم (58) لسنة 2001.

(3) تعرف الاتصالات عن بعد وفقاً للمادة 1/2 من التشريع الفرنسي الصادر في 30 ديسمبر 1986 بأنها: "كل انتقال أو إرسال أو استقبال لرموز أو إشارات أو كتابة أو صور أو أصوات أو معلومات =

فالعقد الإلكتروني أو العقد عبر الإنترنت ما هو إلا اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد ، وذلك بوسيلة مسموعة مرئية ، بفضل التفاعل بين الموجب والقابل، وهو بذلك لا يختلف عن أي عقد ، فيجوز أن يرد على كل الأشياء والخدمات، وقد تتم هذه العقود بين المشروعات الخاصة أو العامة وقد تكون عقوداً بين الأفراد.[1]

ولا جدال في أن العقد الإلكتروني يتم عن بعد ، وهو بذلك ينتمي لطائفة العقود عن بعد ، وبالتالي خضوعه للقواعد التي تنظمه كقانون المعاملات الإلكترونية الأردني.[2]

وفي الواقع، فإن وضع قواعد خاصة تنظم العقود الإلكترونية التي تبرم عن بعد تنبع من طبيعة هذه العقود التي تؤدي بالبداهة إلى اختلاف أحكامها عن تلك العقود التي تبرم بين حاضرين، فالتكيف القانوني للعقد يكون بسيطاً عندما يكون التعاقد بين حاضرين، ولكنه لا يكون بالبساطة ذاتها في التكييف القانوني للعقد بالنسبة للتعاملات عن بعد ومن بينها العقود الإلكترونية ، فعندما يتم التعاقد في مجلس واحد فإن ذلك يذلل الكثير من الصعاب فالحضور المادي للأطراف يسمح لكل منهم بالتحقق من شخصية الآخر، وتاريخ وساعة التعاقد ، ومن سلامة المستندات، وبأنه توافرت أركان العقد وشروطه التي يتطلبها العقد من

أياً كانت طبيعتها ، بواسطة ألياف بصرية أو كهرباء لاسلكية أو أي أنظمة إلكترومغناطيسية أخرى".

(1) راجع الدكتور أسامة أبو الحسن مجاهد ، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، 2000، ص39.

(2) راجع أسامة مجاهد ، مرجع سابق، ص39.

رضى ومحل وسبب العقد، إذ يتم ذلك بتلقي كل منهما للتعبير عن الإرادة الصادرة من أحدهما للآخر.

كما يسمح هذا الحضور المادي بضمان بعض المسائل القانونية وأهمها أن كلاً من الطرفين لا يستطيع التحقق من أهلية الأمر (المتعاقد) وصفته في التعاقد.

وكذلك يسمح بالتحقق من تلاقي الإرادتين، إذ يتم ذلك بشكل متعاصر حيث يصدر الإيجاب من أحدهم، ومن ثم يتبعه القبول من الآخر، بالإضافة إلى عدم إمكانية التحقق من مكان إبرام التصرفات وتحرير المستندات.

أما ركن الرضى في العقود الإلكترونية التي تتم عن طريق الإنترنت فهو يتم عن بعد. أي أنه يتم غياب الركن المادي للعقد بصورته الطبيعية، وبالتالي فإنه يثير بعض المسائل التي من أهمها أنه لن يسمح للمتعاقد من التحقق بعينه من أهلية وصفة المتعاقد الآخر. كم سيتولد الشك بخصوص الرضى من ناحية تلاقي الإرادتين من عدمه.[1]

ويعود السبب في ذلك لعدم تعاصر الإرادتين، فهناك مدة زمنية تنقضي بين الإيجاب والقبول. كما ستثور مشكلة فيما يتعلق بتحديد وقت انعقاد العقد، وكذلك عدم توافر أدلة الإثبات التي تعد مسبقاً، وذلك طالما أنه لم يتم تبادل المستندات يداً بيد.

وطالما أن العقد الإلكتروني لم يخضع لتنظيم خاص به في أغلب التشريعات، فإنه وجب علينا أن نميزه عن غيره من العقود التي تختلط به.

(1) راجع أسامة مجاهد، مرجع سابق، ص39.

ونبدأ بتمييز العقد الإلكتروني عن عقد البيع التقليدي الذي عرفته المادة (1582) من التقنين المدني الفرنسي بأنه: "عقد بمقتضاه يلتزم شخص بتسليم شيء إلى شخص آخر يدفع له ثمنه".[1]

ويميز هذا العقد بأنه من العقود التبادلية، وهو عقد رضائي، ناقل للملكية، ومن عقود المعاوضة التي تتم بمقابل ثمن نقدي، وفيه يكون كل المتعاقدين حاضراً في مواجهة الآخر عند تبادل التعبير عن الإرادتين، وهو عقد ملزم للجانبين، لأنه ينشئ بمجرد انعقاده التزامات في ذمة البائع وأخرى في ذمة المشتري.

أما عن الوقت الذي ينعقد فيه فإنه ينعقد عند تبادل التعبير عن الإرادتين على الثمن والشيء المبيع. مع ملاحظة أن العقد ينعقد بتلاقي الإرادتين حتى ولو لم يكن الشيء قد سلم بعد.[2]

ومن الواضح إذاً أن العقد الإلكتروني تستطيع تمييزه عن العقود الأخرى (كعقد البيع والتأجير) إذ تتسم هذه العقود بصفة رئيسة في توافر عنصر المواجهة بين المتعاقدين اللذين يكونان حاضرين عند تبادل التعبير عن الإرادتين، في حين يتم العقد الإلكتروني ببعد الطرفين وانفصالهما عن بعضهما بعضاً.[3]

---

(1) "La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige a'livrer une chose et l'autre a la payer".

(2) للمزيد انظر: د. خميس خضر، العقود المدنية الكبيرة، البيع والتأمين والإيجار، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 1979، ص16 ـ 21.

(3) راجع أسامة مجاهد، مرجع سابق، ص48.

أما عن عقد البيع عن بعد فيمكن تعريفه بأنه: عقد يتعلق بتقديم منتج أو خدمة ينعقد بمبادرة من المورد، دون حضور مادي متعاصر للمورد والمستهلك، وباستخدام تقنية للاتصال عن بعد من أجل نقل عرض المورد وأمر الشراء من المستهلك. ويتسم بعدم الحضور المادي المتعاصر للمتعاقدين وينتقل فيه الإيجاب عن بعد بوسائل مختلفة مثل إرسال كتالوج أو بالتلفون أو التليفزيون، أو وسيلة اتصال مرئية أو مسموعة، كما ينتقل أمر الشراء من المشتري هو الآخر عن بعد بواسطة وسيلة اتصال عن بعد.[1]

ويبدو من التعريف السابق للعقود عن بعد أنها تتنوع تنوعاً كبيراً وفقاً للوسيلة التي تتم بها.[2]

ويمكن القول بصفة عامة إنه على الرغم من انتماء العقد المبرم عبر الإنترنت للعقود عن بعد، فإن له بعض السمات الخاصة التي سيترتب عليها بالبداهة بعض النتائج القانونية، حيث يقتضي تعريف العقد الذي يبرم عن بعد ألا يكون هناك حضور مادي متعاصر للمتعاقدين.[3]

---

(1) راجع أسامة مجاهد، مرجع سابق، ص49.

(2) ويشار هنا إلى أن العقد الإلكتروني يقترب من عقد البيع بواسطة التيلفون، إلا أنه ينبغي التنويه إلى عنصر مهم في العقد الأخير وهو أن البث يتم من جانب واحد، فلا توجد إمكانية للتجاوب أو لأية مبادرة من جانب العميل وذلك على عكس العقود الإلكترونية التي تتصف بالصفة التفاعلية من جانب العميل بحيث يكون هناك نوع من التبادل بين الطرفين. وكذلك قد يحدث الخلط بين العقد الإلكتروني وبين السعي لإبرام العقود إذا تم هذا الأخير بواسطة التيلفون، وحيث إن الإيجاب في العقد الإلكتروني عام، فيمكن بالتالي تمييزه عن السعي لإبرام العقود بواسطة التلفون والذي يتطلب اتصالاً خاصاً بحيث يكون الإيجاب موجهاً لشخص معين. كما تختلف المبادرة إلى التعاقد بين العقدين، ففي حالة السعي لإبرام العقود في الموطن بواسطة التيلفون تأتي المبادرة من البائع الذي يقوم بعمل إيجابي بالاتصال بالمشتري المحلي، في حين أن الاتصال يأتي غالباً من قبل العميل في حالة العقد الإلكتروني أو عقد التجارة الإلكترونية.

(3) راجع أسامة مجاهد، مرجع سابق، ص52.

وعلى العكس بالنسبة للإنترنت، فإن الصفة التفاعلية في هذه الشبكة تسمح بحضور افتراضي معاصر، كما تسمح الصفة التفاعلية بتسليم بعض الأشياء وأداء بعض الخدمات فوراً على الشبكة (مثل الحصول على معلومات معينة أو برامج كومبيوتر)، كما تسمح من ناحية أخرى بالوفاء على الخط أو الشبكة الذي يمكن أن يكون فورياً أيضاً.[1]

أما من ناحية أخرى فهنالك عقود أخرى تتعلق بالإنترنت منها عقد الدخول إلى الشبكة وهو العقد الذي يحقق الدخول إلى شبكة الإنترنت من الناحية الفنية، وبمقتضى هذا العقد يوفر مقدم خدمة الدخول إلى الإنترنت للعميل الوسائل التي تمكنه من الدخول إلى الشبكة، وأهمها برنامج الاتصال الذي يحقق الاتصال بين جهاز الكومبيوتر والشبكة.[2]

كما يعرض المورد على عميله في الغالب خدمة المساعدة الفنية المسماة بالخط الساخن التي تستهدف حل المشكلات الفنية التي قد يواجهها المستخدم الجديد للإنترنت عن طريق التيلفون[3]، وبالتالي فإن

(1) راجع أسامة مجاهد، مرجع سابق، ص52.

(2) راجع أسامة مجاهد، مرجع سابق، ص55.

(3) والملاحظ من التجربة العملية أن خدمة الخط الساخن أو المساعدة التيلفونية قد تطورت بازدياد وبصفة خاصة في تجارة المنتجات ذات التقنية العالية، كما هو الحال في العقود التي تتم بكاملها على الخط أو الشبكة، ويتولى المشروع الذي يبيع منتجاً أو يقدم خدمة معينة تقديم هذه المساعدة الفنية، كما يجوز أن يتولاها الغير لحساب هذا المشروع.

ويجب هنا التنبيه إلى أن ما قد يتصوره البعض من أن تقديم هذه المساعدة يقع خارج النطاق العقدي بحيث يكون فتح الخط الساخن مجرد خدمة يعلن عنها المشروع ويحدد بمفرده نطاقها بحيث لا ينشئ التعهد بها التزاماً معيناً، إذ لا يترتب على عدم تنفيذه قيام مسؤولية المشروع إلا على نحو استثنائي وعلى أساس قواعد المسؤولية التقصيرية فقط.

=

إخضاع هذه الخدمة للتنظيم العقدي يعني أن من يتعهد بالمساعدة التيلفونية يجب أن يقوم بها بالطريقة المناسبة بقدر الإمكان، ومن خلال شروط تلزمه بالتزامات محددة.

أما عقد الإيجار المعلوماتي فهو عقد من عقود تقديم الخدمات الذي بمقتضاه يضع مقدم الخدمة تحت تصرف المشترك بعض إمكانيات أجهزته أو أدواته المعلوماتية.[1]

ويرى البعض تكييف هذا العقد على أنه عقد إيجار أشياء، وذلك طالما أن مقدم الخدمة يسمح لعميله بالانتفاع بأجهزته مع احتفاظه بملكيتها ويتنازل له عن حيازته لبعض الإمكانيات التي تتيحها هذه الأجهزة، وطالما أن ما يقدمه من خدمات فنية يعد ذا صفة تبعية بالنسبة للانتفاع بهذه الأجهزة.

ويترتب على الأخذ بهذا التكييف نتيجة مهمة بشأن مسؤولية مقدم هذه الخدمة عما قد يسببه استعمال العميل لأجهزته على نحو يضر بالغير.

والراجع أنها تحدد بالقدر الذي يتخلى فيه عن حيازته لإمكانات أجهزته، فإذا وصل ذلك إلى الحد الذي يمكن معه اعتبار أنها قد خرجت

كما أن خدمة المساعدة الفنية المسماة بالخط الساخن تدخل في الإطار العقدي باعتبارها عنصراً في العقد الرئيس، أو على الأقل باعتبارها محلاً لعقد خاص، وإذا كان الأمر كذلك، فمن المتصور قيام المسؤولية العقدية للمشروع الذي يقدمها وفقاً لما اتفق عليه في هذا العقد في حالة الإخلال بها.

(1) الصورة الغالبة في ذلك تكمن في إتاحة انتفاعه بمساحة على القرص الصلب بأحد أجهزة الكومبيوتر الخاصة به على نحو معين، ومثال ذلك أن يقدم مقدم الخدمة المعلوماتية للمشترك عنوان بريد إلكتروني لديه، ويكون ذلك من خلال تخصيص مساحة على القرص الصلب لجهاز الكومبيوتر المملوك لمقدم الخدمة والمتصل بشبكة الإنترنت.

من تحت حراسته، فإنه لا يكون مسؤولاً عن الاستعمال الذي يقوم به المشترك وذلك بالقدر الذي يثبت فيه أن مقدم الخدمة لم يشارك ولم يعلم بما قام به المشترك.

مما سبق نستخلص أن العقد الإلكتروني الذي يبرم عبر الإنترنت يصلح أداة لإبرام معظم العقود التي يمكن إبرامها في العالم الحقيقي أي خارج الشبكة.

ولذلك فإن ما ينبغي أن نتناوله هنا هو بعض أوجه الخصوصية التي يتعين على الأطراف أخذها في الاعتبار عند إبرام مثل هذه العقود، وخصوصاً الإدارة كشخص معنوي.

فلا جدال في أن التعاقد عبر الإنترنت يخضع للقواعد العامة بشأن العقود المدنية، ما لم تؤد خصوصية هذا النوع من التعاقد إلى الحاجة لبعض القواعد الخاصة، ولا يبدو أن الفقه قد وجد شيئاً من الخصوصية بالنسبة لركن السبب في العقد المبرم عبد الإنترنت.

المبحث الثاني
أركان العقد الإلكتروني

وفقاً للقواعد العامة في نظرية العقد يتعين لإبرام العقد صحيحاً منتجاً لآثاره توافر أركانه الأساسية، وهي: الرضى، والمحل، والسبب، والشكلية بالنسبة للعقود التي تتطلبها.

والعقد الإلكتروني ولكونه ينعقد إلكترونياً فهو يخضع لبعض الأحكام الخاصة به التي تتماشى مع صفته الإلكترونية وكونه من العقود التي تبرم عن بعد.[1]

وتكاد تنحصر خصوصيات إبرام العقد الإلكتروني في الأحكام بركن الرضى وما قد يتبعها من شكلية معينة يتعذر إنجازها إلكترونياً، أما بالنسبة لركني السبب والمحل فتنعدم فيها خصوصيات هذا العقد الإلكتروني إلى حد كبير.[2]

---

(1) عرفت المادة الثانية من قانون المعاملات الأردني مصطلح (إلكترونية) على أنه: "تقنية استخدام وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو إلكترومغناطيسية أو أي وسائل مشابهة في تبادل المعلومات وتخزينها".

(2) ومن الموضوعات القليلة التي يتميز بها محل العقد الإلكتروني عدم جواز إبرام هذا العقد إلا في الحالات التي تتطلب لتنفيذ التزاماته الاتصال المادي المباشر بين المتعاقدين، وهو ما يتعذر تحققه للعقد الإلكتروني لكونه يبرم عن بعد فيما بين غائبين وليس فيما بين حاضرين من حيث مكان إبرام العقد.

ومن تطبيقات ذلك ما قررته محكمة باريس في 1998/11/24 من عدم جواز عقد بيع عدسات لاصقة تم عن طريق الإنترنت استناداً إلى أن بيع هذه المنتجات يتطلب الوجود الفعلي والدائم لأخصائي تصميم النظارات والعدسات الطبية. انظر في هذا الحكم:

=

المطلب الأول: الرضى

تعد المرحلة التمهيدية لإبرام العقد ذات أهمية بالنسبة لمن ينوي إبرام العقد عبر شبكة الإنترنت، إذ تمكن هذه المرحلة كل من ينوي التعاقد عبر الإنترنت من أن يستوثق من مدى مشروعية التعبير عن إرادته في العقد المنوي إبرامه، ومدى إمكانية إبرام هذا العقد، كما تبرز أهمية هذه المرحلة بوجود الالتزام من خلال تقديم المعلومات الكافية عن العملية محل التعاقد.

ولا يشترط في التعبير عن الإرادة شكل خاص أو وضع معين، وبالتالي فهو جائز بكافة الوسائل والاتجاهات.

فالشخص لا يرتبط بأي عقد ما لم تتجه إرادته إلى إبرامه، ولأن أي عقد مهما كانت تسميته أو تكييفه لا يتم إلا بعد أن يتبادل أطرافه التعبير عن إرادتين متطابقتين.[1]

وبالتالي يعرف الإيجاب بصفة عامة بأنه: "عرض جازم وكامل للتعاقد وفقاً لشروط معينة يوجه شخص إلى شخص معين أو إلى أشخاص غير معينين بذواتهم أو للكافة".[2]

See: TGI Paris Ord,ref,24L11L10998n63197L98(BF) _ Gazette du Palais du 23 _ 24 JUILLET 1999.

(1) نصت المادة (87) من القانون المدني الأردني على أنه: " العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر".

(2) راجع أسامة مجاهد، مرجع سابق، ص68.

وينبغي وفقاً للقواعد العامة أن يكون الإيجاب جازماً بمعنى أن يعبر عن إرادة مصممة وعازمة نهائياً على إبرام العقد إذا ما صادف الإيجاب قبولاً، ومن ثم فلا يعد إيجاباً مجرد الدعوة إلى التفاوض أو الإعلان حتى لو تضمن كافة العناصر الرئيسة للعقد، كما يجب أن يكون محدداً وكاملاً وذلك بأن يتضمن كافة العناصر الأساسية اللازمة للعقد المراد إبرامه، وفي مجال ذلك يكمن بتحديد المبيع والثمن في عقد البيع، كما يجب أن يتصل الإيجاب بعلم من وجه إليه.[1]

ولما كان العقد الإلكتروني من الناحية التشريعية في طائفة العقود التي تبرم عن بعد، فإن تعريف الإيجاب فيه يجب أن يتم في ظل تعريف الإيجاب في هذه العقود.[2]

وبالتالي يتعين علينا أن نركز على أوجه الخصوصية في الإيجاب في العقد الإلكتروني أو ما يسميه البعض بالإيجاب الإلكتروني، ومن أهمها أن التعبير عن الإيجاب يتم من خلال شبكة عالمية للاتصالات عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، وتسمح هذه الوسيلة لمن يصدر عنه الإيجاب باستخدام وسائل للإيضاح البياني أكثر ملاءمة بالنسبة لأنواع معينة من البيوع، ولا يبدو أن استخدام مثل هذه الوسائل قد يثير مشكلة في حد ذاته، إذ يكفي أن يحترم الإيجاب مقتضيات الشفافية والوضوح التي يفرضها تقنين الاستهلاك، وذلك حتى لا نكون أمام إيجاب مضلل.[3]

---

(1) راجع أسامة مجاهد، مرجع سابق، ص69.

(2) راجع أسامة مجاهد، مرجع سابق، ص70.

(3) راجع أسامة مجاهد، مرجع سابق، ص71.

ويحقق الإيجاب الذي يتم بواسطة البريد الإلكتروني ميزة استهداف العرض لأشخاص معينين وذلك في الحالة التي يرغب فيها التاجر أن يخص بالإيجاب الأشخاص الذين يرى أنهم قد يهتمون بمنتجه دون غيرهم من أفراد الجمهور، فيجوز أن نشبهه إذن بالسعي لإبرام العقود بواسطة البريد، طالما أن التاجر يرسل رسالته الإلكترونية إلى صناديق البريد الإلكترونية الخاصة بهم.[1]

أما المرسل إليه فسيعلم بهذا العرض عندما يفتح صندوق خطاباته الإلكتروني، واعتباراً من هذه اللحظة فقط تبدأ فعالية الإيجاب، بحيث يكون المرسل له الحرية في قبول العرض برسالة إلكترونية من جانبه.

وهكذا تسمح تقنية البريد الإلكتروني بالعلم بسهولة العروض التعاقدية، كما تسمح بتحقيق الشروط التي تتطلبها التشريعات المختلفة في الإيجاب دون صعوبة كبيرة، وهكذا ينبغي أن تحرر الرسالة الإلكترونية على النحو الذي يجعلها بمثابة الإيجاب وهو ما لن يتحقق إلا إذا تضمنت جميع الالتزامات التي سيتم الالتزام بها، أياً كان عدد من سيقبلون هذا الإيجاب.

فالقبول بصفة عامة هو التعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب في إبرام العقد على أساس هذا الإيجاب.

(1) راجع أسامة مجاهد، مرجع سابق، ص71.

ويجب لكي ينتج القبول أثره في انعقاد العقد أن يتطابق تماماً مع الإيجاب في كل جوانبه وإلا فإن العقد لا ينعقد، فإذا اختلف القبول عن الإيجاب عد إيجاباً جديداً وليس قبولاً.[1]

ويشار هنا إلى أن سهولة إرسال الإيجاب بواسطة البريد الإلكتروني في الوقت الحالي قد يؤدي إلى فرض التعاقد على المستهلك الذي اعتاد التعامل مع عميل افتراضي عبر شبكة الإنترنت، وذلك بمجرد إرسال المستخدم لرسالة إلكترونية تتضمن اعتبار عدم الرد خلال مدة معينة بمثابة القبول، ولذلك فإننا نرى أنه لا يجوز استنتاج قبول العميل من مجرد سكوت العميل في حالة التعامل السابق.[2]

وبمعنى آخر إن ظرف التعامل السابق لا يكفي في التعاقد عبر الإنترنت لاعتبار هذه الحالة من حالات السكوت، بل وجب أن يقترن هذا السكوت وبهذا التعامل السابق ظرف آخر يرجح دلالة السكوت على قبول العميل للتعاقد.[3]

ومن اليسير القبول بوجود الإرادة إذا تم التعبير عنها بالكتابة، ولكن تثور الصعوبة عند غياب الدليل الكتابي.[4]

---

(1) الأصل في القواعد العامة أن مجرد سكوت من وجه إليه الإيجاب لا يعد قبولاً، ولذلك فإن من يتسلم رسالة إلكترونية عبر الشبكة تتضمن إيجاباً ونص فيها على أنه إذا لم يرد على هذا العرض خلال مدة معينة اعتبر ذلك قبولاً، يستطيع ألا يعير اهتماماً لمثل هذه الرسالة.

(2) راجع أسامة مجاهد، مرجع سابق، ص83.

(3) راجع أسامة مجاهد، مرجع سابق، ص83.

(4) راجع أسامة مجاهد، مرجع سابق، ص50.

ويثار هنا التساؤل الآتي: هل يعد التحميل عن بعد لأحد برامج الكومبيوتر طريقة معقولة للقبول، بحيث يترتب على القيام به انعقاد العقد؟

نشير في هذا الخصوص إلى أن التحميل عن بعد، بمعنى نقل أحد البرامج أو بعض المعلومات إلى الكومبيوتر الخاص بالعميل عن طريق شبكة الإنترنت، بحيث يحصل العميل على هذا البرنامج أو هذه المعلومات دون الحاجة إلى استعمال الوسيلة العادية لوضع البرنامج على جهاز الكومبيوتر عن طريق القرص المرن أو إسطوانة الليزر، تمثل الصورة المثلى لإبرام العقد (عقد بيع البرنامج أو المعلومات) وتنفيذه على الخط أو على الشبكة ذاتها دون لجوئه للعالم الحقيقي خارج الشبكة.[1]

ولتحديد لحظة القبول أهمية خاصة، إذ هي نفسها لحظة انعقاد العقد.

والقاعدة العامة هي أن العقد ينعقد في اللحظة التي تتقابل فيها الإرادتان، ومن الواضح أن هذا المبدأ قد يواجه بعض الصعوبات في تطبيقه في حالة العقود الإلكترونية إذ لا يكون الطرفان حاضرين حضوراً مادياً في مكان واحد.[2]

---

(1) وتتضح المسألة أكثر بالمثال العملي الخاص بالشركة التي تمنح على موقعها على الشبكة فرصة للتجربة المجانية لأحد برامج الكومبيوتر وذلك لمدة ما، مع تنبيه مستخدم الإنترنت أن هذه التجربة تخضع لشروط الترخيص التي لا تظهر للعميل إلا بعد تحميل هذا البرنامج والتي تتضمن شرطاً ينص على أن: "تحميل البرنامج يعد مقبولاً للشروط الآتية..."، وأحد هذه الشروط ينص على أنه يجوز للشركة أن تعدل هذه الشروط في أي وقت وذلك بناء على مجرد إخطار يحدث أثره فوراً.

(2) راجع أسامة مجاهد، مرجع سابق، ص87.

المطلب الثاني: صحة التراضي

غني عن البيان أنه يشترط لصحة التراضي أن تكون الإرادة خالية من العيوب، وأن تكون صادرة عن كامل الأهلية.

وتكمن عيوب الإرادة في العقد عبر الإنترنت في الغلط[1] والتدليس[2] بإظهار نوع من سلعة معينة تختلف عن السلعة الأصلية مما يوهم المشتري عن الحقيقة.

ويبدو لأول وهلة من الناحية العملية، أن اعتبار العقد المبرم عبر الإنترنت من العقود التي تبرم عن بعد قد يقلل من الأهمية العملية لنظرية عيوب الإرادة في هذا النطاق.[3]

إذ إن ذلك سوف يسمح للمستهلك بإرجاع المنتج دون حاجة لإثبات وقوعه في غلط أو تعرضه للتدليس، خاصة أن هذا الإثبات قد يكون صعباً بالنسبة للغلط بصفة خاصة.[4]

ولكن يبقى لتمسك المستهلك بالإبطال استناداً لنظرية عيوب الإرادة فائدته من عدة نواح أهمها أنه لن يتحمل في حالة الإبطال بسبب وقوعه في الغلط أو تعرضه للتدليس مصروفات النقل.[5]

---

(1) مثاله أن يتبين للمشتري الذي أبرم العقد عبر الإنترنت عند تسلمه المبيع أنه ليس متفقاً مع ما توقعه أو أنه ليس صالحاً للاستعمال الذي اشتراه من أجله، وهنا يستطيع المطالبة بإبطال العقد استناداً لنظرية الغلط.

(2) نضرب مثالاً للتدليس في العقد المبرم عبر الإنترنت في حالة الإعلان المضلل بشكل ظاهر على الإنترنت أو الوعد بواسطة رسالة إلكترونية بمميزات وهمية تماماً وذلك بغرض إقناع الطرف الآخر بإبرام العقد بشروط معينة.

(3) راجع أسامة مجاهد، مرجع سابق، ص111.

(4) راجع أسامة مجاهد، مرجع سابق، ص111.

(5) نرى في هذا الجانب أن البائع يتحمل في هذه الحالة أو على الأقل في حالة التدليس مصروفات النقل.

كذلك فلن يستطيع البائع وبصفة خاصة في حالة التدليس أن يتمسك بالشروط التي تحظر إرجاع السلعة، أو تقيد ذلك الإرجاع بشروط معينة.[1]

كذلك سيكون للمستهلك الرجوع على البائع بالتعويض في حالة التدليس على أساس العمل غير المشروع، كما أن المستهلك سوف يستفيد بالمدة المقررة لرفع دعوى الإبطال بسبب عيوب الإرادة وهي تتجاوز بكثير المدة المقررة لاستعمال الحق في الرجوع في العقد. ومن هنا نجد أن رخصة الرجوع المقررة للمستهلك في العقود المبرمة عن بعد قد لا تحقق في الكثير من الحالات الفوائد التي قد يحققها التمسك بالإبطال بسبب عيوب الإرادة.[2]

أما عن أهلية التعاقد عبر الإنترنت فقد تثير بعض المشاكل، وأهمها أنه سيكون من الصعب على البائع عن بعد التحقق من أهلية المتعاقد الآخر على الشبكة، وهي مشكلة حقيقية تظهر دائماً في العقود التي تبرم دون حضور مادي للأطراف كما هو الحال بالنسبة للعقود الإلكترونية، ويرى البعض هنا أنه ينبغي ترجيح مصلحة المهنيين وذلك تطبيقاً لنظرية الظاهر.[3]

(1) راجع أسامة مجاهد، مرجع سابق، ص112.

(2) راجع أسامة مجاهد، مرجع سابق، ص113.

(3) وعلى سبيل المثال إذا سرق قاصر البطاقة المصرفية الخاصة بأحد والديه واستعملها في التعاقد فيتعين حماية مصلحة الآخر وعدم السماع بإبطال العقد لنقص أهلية المتعاقد معه، فيجوز للبائع أو مقدم الخدمة أن يتمسك بأن القاصر قد توافر به مظهر صاحب البطاقة المصرفية ومن ثم مظهر الشخص الراشد، وهو الحل الذي ندعو إلى تبنيه حماية لمصلحة التاجر من إهمال الراشدين في مراقبة القصر في هذا الشأن، كما يستطيع من تعاقد مع القاصر بحسن نية في الرجوع على هذا القاصر على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية وليس العقدية. راجع أسامة مجاهد، مرجع سابق، ص114.

المبحث الثالث

محل العقد الإلكتروني

يشترط في محل العقد بصفة عامة أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين وأن يكون مشروعاً وأن يكون موجوداً أو ممكناً، ولا يبدو لنا وجود شيء من الخصوصية في الشرط الأخير فيما يخص العقد الإلكتروني، ولذلك فإننا سنقتصر على ما يتعلق بالشرطين الأول والثاني بشأن العقد.

أولاً: أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين

حرصت العقود المتداولة على النص على هذا الشرط، وقد أكد العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية وجوب تحديد الصفات الرئيسة للسلع والخدمات المعروضة. ويتم وصف المنتجات محل التعاقد عادة على شبكة الإنترنت نفسها.

كما يلاحظ أن المشتري المحتمل يتلقى بعض الرسائل التي تتضمن تأكيداً لجودة المنتجات المعروضة عليه، ويبدو أن هذه المسألة تتسم بطابع إعلاني أكثر من اعتبارها التزاماً قانونياً يقع على عاتق البائع، ولكنها قد تتمتع بقيمة قانونية إذا نظر إليها باعتبارها التزاماً من التاجر بالجودة.

ويجب أن نؤكد هنا أنه إذا كان بوسع البائع دائماً أن يضع هذا الشرط الذي يعفيه من المسؤولية في هذه الحالة، فإن هذا الشرط لا يسري إذا ارتكب البائع غشاً أو خطأ جسيماً.[1]

(1) راجع أسامة مجاهد، مرجع سابق، ص117.

ثانياً: أن يكون المحل مشروعاً

تنص معظم القوانين على أن محل العقد يجب أن يكون مشروعاً وألا يخالف النظام العام أو الآداب، وإلا كان العقد باطلاً.

ومن الواضح أن بعض المواقع على الإنترنت تخالف هذا الشرط بحيث يحرص القضاء على تطبيقه بدقة متناهية، مثل المواقع التي تقدم صوراً خليعة أو يباشر عليها القمار.

وعلاوة على ذلك، توجد بعض النصوص الخاصة التي تقيد من بيع بعض الأموال أو الإعلان عنها.

المبحث الرابع
حجية التوقيع الإلكتروني

ارتبط التوقيع باعتباره دليلاً للإثبات بالدليل الكتابي، وبالتالي يستوجب علينا ولإسباغ الحجية القانونية على التوقيع الإلكتروني أن تتوافر في الرسالة أو المستند المراد تصديقه بالتوقيع شروط الدليل المكتوب، وباعتباره وسيلة للتوثيق، وذلك بالإضافة إلى الشروط اللازم توافرها في التوقيع نفسه التي تمكنه من أداء وظيفته من تحديد لشخصية الموقع وإقرار بمضمون المحرر، ونسبته إلى الموقع.[1]

ويمكن رد الشروط التي يلزم توافرها لتحقق الدليل الكتابي إلى ثلاثة شروط بالحجية، وتدور هذه الشروط حول كون التوقيع مقصوراً على صاحبه، وخاضعاً لسيطرته المطلقة، وقابليته للتحقق من صحته، هذا بالإضافة إلى ارتباطه بالبيانات التي يثبتها.[2]

فالتوجيه الأوروبي[3] رقم 93 لسنة 1999 ميز فيما يتعلق بحجية التوقيع الإلكتروني فيما بين التوقيع المعزز أو المؤهل، والتوقيع غير المعزز.

---

(1) نصت المادة السابعة من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني على أنه: "أ ـ يعتبر السجل الإلكتروني والعقد الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني منتجاً للآثار القانونية ذاتها المترتبة على الوثائق والمستندات الخطية والتوقيع الخطي بموجب أحكام التشريعات النافذة من حيث إلزامها لأطرافها أو صلاحيتها في الإثبات. ب ـ لا يجوز إغفال الأثر القانوني لأي مما ورد في الفقرة (أ) من هذه المادة لأنها أجريت بوسائل إلكترونية شريطة اتفاقها مع أحكام هذا القانون".

(2) للمزيد انظر: حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص20 وما بعدها.

(3) صدر التوجيه الأوروبي في 13 ديسمبر من عام 1999، وتنفيذاً لهذا التوجيه أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم (230) لسنة 2000، والذي منح بمقتضاه التوقيع الإلكتروني حجية =

واشترط لمعادلة التوقيع الإلكتروني بالتوقيع اليدوي من حيث الإثبات أن يكون هذا التوقيع معززاً ، وذلك من خلال استخدام أدوات تأمين التوقيع، وأن تصحبه شهادة مؤهلة تفيد صحة التوقيع صادرة من جهة تصديق مخولة بذلك.

أما التوقيع غير المعزز فتتمثل حجيته في عدم إنكاره، باعتباره دليلاً للإثبات لمجرد أنه توقيع إلكتروني، أو أنه غير معزز بشهادة مؤهلة تفيد صحته، أو أنه لم يتم استخدام أداة من أدوات تأمين التوقيع.[1]

والتوقيع المعزز أو المحمي، كما حددته الفقرة الثانية من المادة الثانية من التوجيه، هو الذي تتوافر فيه المتطلبات الآتية:

أ- أن يكون مرتبطاً بالموقع فقط.

الإثبات التي للتوقيع العادي، حيث ألزم التوجيه الأوروبي الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي بمنح التوقيع الإلكتروني الحجية القانونية التي يتمتع بها التوقيع الخطي، واعتباره دليلاً كاملاً في الإثبات ما دامت قد توافرت به الشروط التي يتطلبها القانون.

للمزيد انظر: نص المادة الخامسة من التوجيه الأوروبي.

(1) نصت المادة (34) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني على أنه: "تكون شهادة التوثيق التي تبين رمز التعريف معتمدة في الحالات التالية:

أ- صادرة عن جهة مرخصة أو معتمدة.

ب- صادرة عن جهة مرخصة من سلطة مختصة في دولة أخرى.

ج- صادرة عن دائرة حكومية أو مؤسسة أو هيئة مفوضة قانوناً بذلك.

د- صادرة عن جهة وافق أطراف المعاملة على اعتمادها".

وجاء في المادة الثانية من ذات القانون أن: " شهادة التوثيق: الشهادة التي تصدر عن جهة مختصة مرخصة أو معتمدة للإثبات نسبة توقيع إلكتروني إلى شخص معين استناداً إلى إجراءات توثيق معتمدة. رمز التعريف: الرمز الذي تخصصه الجهة المرخصة أو المعتمدة لتوثيق العقود الإلكترونية للشخص المعني لاستعماله من المرسل إليه من أجل تمييز السجلات الصادرة عن ذلك الشخص من غيرها".

ب- أن يكون قادراً على تحديد شخصية الموقع.

ج- أن ينشأ باستخدام وسائل تقع تحت سيطرة الموقع.

د- أن يرتبط بالمعلومات التي يوثقها بطريقة تسمح باكتشاف أي محاولة للتعديل في هذه المعلومات.

أما أداة تأمين التوقيع فيقصد بها الأدوات التي يتم بها التوقيع الإلكتروني، التي تتوافر فيها المتطلبات التي حددها الملحق الثالث من ملحقات التوجيه.

وقد أسبغت المادة العاشرة من القانون الإماراتي على التوقيع الإلكتروني الحجية في الإثبات طالما كان محمياً، وهو يكون كذلك إذا توافرت فيه المتطلبات الآتية:

أ- أن ينفرد به الشخص الذي استخدمه، أي الموقع.

ب- أن يكون من الممكن أن يثبت هوية من استخدمه.

ج- أن يكون تحت سيطرة الموقع التامة، سواء بالنسبة لإنشائه، أو بالنسبة لوسيلة استعماله وقت التوقيع.

د- أن يرتبط بالرسالة الإلكترونية ذات الصلة.

فالتطور الذي أحدثته الثورة المعلوماتية وما لحقه من تطور في أساليب التجارة يستوجب بلا شك وجود ضمانات حول سرية انتقال المعلومات والمعطيات، وبالتالي ضرورة منح التوقيع حجية معينة، إذ إن هذا التوقيع هو الذي بموجبه يستدل على موافقة أطراف العقد من عدمه.

ولا شك أن الثقة والأمان لدى المتعاملين يأتيان في مقدمة الضمانات التي يتعين توافرها لازدهار المعاملات الإلكترونية. فهذه المعاملات تتم عن بعد بين أشخاص لا يلتقون، وقد لا يعلم بعضهم البعض الآخر، وهذا أمر

يستوجب توفير الضمانات الكفيلة بتحديد هوية المتعاملين، وتحديد حقيقة التعامل ومضمونه، فإذا تمثل التعامل الإلكتروني في إبرام عقد ما فيلزم التيقن من إرادة التعاقد وصحته، ونسبته إلى من صدرت منه، وكذلك التيقن من طبيعة التعاقد ومضمونه.(1)

ولتحقيق هذا الهدف، فقد استلزم الأمر وجود طرف ثالث محايد موثوق به، يقوم بطرقه الخاصة بالتأكد من صحة صدور الإرادة التعاقدية الإلكترونية ممن تنسب إليه، والتأكد من جدية هذه الإرادة وبعدها عن الغش والاحتيال، بالإضافة إلى تحديد مضمون الإرادة تحديداً دقيقاً تمكن المتعامل من الاعتماد عليها في تعاملاته.

ويتمثل هذا الطرف الثالث المحايد في أفراد أو شركات أو جهات مستقلة محايدة تقوم بدور الوسيط بين المتعاملين لتوثيق تعاملاتهم الإلكترونية سميت بجهات أو سلطات التوثيق.

ولا يقتصر دور جهات التوثيق على تحديد هوية المتعاملين في التعاملات الإلكترونية، وتحديد أهليتهم القانونية للتعامل والتعاقد، وإنما تقوم بالإضافة إلى ذلك بالتحقق من مضمون هذا التعامل، وسلامته، وكذلك جديته، وبعده عن الغش والاحتيال.

---

(1) نصت المادة (2/10) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني على أنه: "يتم إثبات صحة التوقيع الإلكتروني ونسبته إلى صاحبه إذا توافرت طريقة لتحديد هويته وللدلالة على موافقته على المعلومات الواردة في السجل الإلكتروني الذي يحمل توقيعه إذا كانت تلك الطريقة مما يعول عليها لهذه الغاية في ضوء الظروف المتعلقة بالمعاملة بما في ذلك اتفاق الأطراف على استخدام تلك الطريقة".

كما تقوم هذه الجهات بإصدار المفاتيح الإلكترونية سواء المفتاح الخاص، الذي يتم بمقتضاه تشفير التعاملات الإلكترونية، أم المفتاح العام الذي يتم بواسطته فك التشفير.

أما شهادات التوثيق الإلكتروني فهي الشهادات التي تصدرها جهات التوثيق، المرخص لها من قبل الجهات المسؤولة في الدولة، لتشهد بأن التوقيع الإلكتروني هو توقيع صحيح ينسب إلى من أصدره، ويتسوفي الشروط والضوابط المطلوبة فيه باعتباره دليل إثبات يعول عليه.

فالغرض من شهادة التوثيق الإلكترونية تأكيد أن التوقيع الإلكتروني أو الرسالة الإلكترونية ـ بصفة عامة ـ صادرة ممن نسبت إليه، وأن توقيعه صحيح، كما تؤكد الشهادة أن البيانات الموقع عليها بيانات صحيحة صادرة من الموقع، ولم يتم التلاعب فيها، فلم يطرأ عليها أي تبديل سواء بالحذف أو الإضافة أو التغيير، فهذه البيانات تصبح موثقة ولا يمكن إنكارها.

ويتم التحقق من المعلومات السابقة عن طريق استخدام المفتاح العام لمن صدرت عنه الشهادة الإلكترونية الذي يكون مذكوراً في الشهادة نفسها، نظراً للارتباط بين هذا المفتاح العام والمفتاح الخاص لصاحب الشهادة.

ويجب في شهادة التصديق الإلكتروني أن تستجيب لمقتضيات السلامة والوثوق بها، ويتم ذلك باستخدام أنظمة معلوماتية متطورة تحقق الأمن، وتخلق الثقة لدى من يتعامل معولاً على هذه الشهادة.

ويجب أن تتضمن شهادات التوثيق بيانات معينة، حتى يمكنها أداء مهمتها في التوثيق وبث الأمان والثقة لدى المتعاملين.

وتتعدد شهادات التوثيق في الوقت الحالي، فإلى جانب شهادة توثيق التوقيع الرقمي، هناك شهادات أخرى تتنوع بحسب الهدف منها، ومن أمثلة ذلك:

1. شهادة **Digital time stamp**: التي توثق تاريخ ووقت إصدار التوقيع الرقمي، حيث يقوم صاحب الرسالة بعد التوقيع عليها بإرسالها إلى جهة التوثيق التي تقوم بتسجيل التاريخ عليها، وتوقيعها من جهتها، ثم تعيدها إلى مرسلها.
2. شهادة الإذن **Authorizing Certificate**: وبمقتضاها يتم تقديم معلومات إضافية عن صاحبها مثل عمله ومؤهلاته والترخيصات التي يملكها.
3. شهادة البيان **Attesting Certificate**: والتي تفيد بيان صحة واقعة معينة أو حدث ما ووقت وقوعه.

الفصل الثالث
مدى مشروعية التعاقد
بواسطة الإنترنت

الفصل الثالث

مدى مشروعية التعاقد بواسطة الإنترنت

لإضفاء مشروعية التعاقد عبر الإنترنت يجب توافر الركن الأول وهو الرضى والركن الثاني وهو السبب وفق القواعد العامة لنظرية العقد، لكي يكون العقد صحيحاً منتجاً لآثاره، والعقد الإلكتروني لكونه ينعقد إلكترونياً فهو يخضع لبعض الأحكام الخاصة به والتي تتماشى مع صفة الإلكترونية وطبيعته الخاصة وكونه من العقود التي تبرم عن بعد.

المبحث الأول

مدى حجية التعاقد بواسطة الإنترنت

بما أن التعاقد عبر شبكة الإنترنت ما زال في بداياته وخاصة في وطننا العربي فإن التشريعات القانونية العربية لم تدخل في نصوصها وتشريعاتها النصوص المتعلقة بهذا النوع من التعاقد، وفي ظل هذا الغياب فإن النظرية العامة للعقد يمكنها أن تسد هذا الفراغ وذلك لحين صدور تشريعات خاصة بالإنترنت، فما هي المبررات القانونية والمنطقية التي يمكن الاستناد إليها لتبرير هذه المشروعية؟

وبالتالي فإن مشروعية التعاقد يمكن استخلاصها من القواعد العامة للتعاقد، فلذلك نصت المادة (102) من القانون المدني على أنه: "يعد التعاقد بالهاتف أو بأية طريقة مماثلة بالنسبة للمكان كأنه تم بين متعاقدين لا يضمهما مجلس واحد حين العقد وأما فيما يتعلق بالزمان فيعد كأنه تم بين حاضرين في المجلس".

واستناداً لهذه المادة فإن عبارة (بأية طريقة مماثلة) تشير وبوضوح إلى أية وسيلة تقترب فنياً من الهاتف، ولذا فإن النص يمتد ليشمل التعاقد بالإنترنت حيث إن شبكة الإنترنت تعتمد أساساً على وجود شبكة هاتف تقليدية أو حديثة.

كما أن مفهوم الاتصال عبر الشبكة يقترب جداً من مفهوم الهاتف التقليدي بل يمكن أن تحول الشبكة إلى هاتف عادي عبر المحادثة

الشفهية، وهذه الشبكة تعتمد على وجود (جهاز) و(مرسل) و(مرسل إليه) فهي لا تعدو أن تكون أكثر من وسيلة اتصال حديثة.

ويمكن تأكيد هذا الرأي بما ذكره د.أنور سلطان بقوله: إن التعاقد بالتيلفون أو أية وسيلة مماثلة لا يثير صعوبة إلا فيما يتعلق بتعيين مكان انعقاد العقد، وهو يأخذ من هذه الناحية حكم التعاقد بين الغائبين الذين تفرقهم شقة المكان، أما فيما يتعلق بزمان انعقاد العقد فالتعاقد بالتيلفون أو أي وسيلة مماثلة لا يفترق عن التعاقد بين الحاضرين فيعد التعاقد في التيلفون تماماً في الوقت الذي يعلن فيه من وجه إليه الإيجاب قبوله.[1]

بالإضافة إلى أن التعاقد كما يتم بين حاضرين يجمعهما مجلس عقد واحد كذلك من الممكن أن يتم بين غائبين لا يجمعهما مجلس عقد واحد فيتم العقد في هذه الحالة بين شخصين.

كما أن المادة (93) من القانون المدني الأردني تنص على أنه: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المعهودة عرفاً ولو من غير الأخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وباتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي".

وبالتالي فإن شبكة الإنترنت تعرض على مدار الساعة الإعلانات ووسائل البيع والشراء والمزادات العلنية والتقديم للوظائف والخدمات وذلك في إشارة صريحة باتخاذ مسلك مباشر لا لبس فيه على التراضي.

---

(1) د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، المكتب القانوني، عمان، 1998، ص65.

كما أن الأصل في التعاقد حرية التراضي التي تقضي تسيير المعاملات والعقود ورفع الحرج وعدم التعقيد الاستثناء، وحرية التراضي أصبح مبدأ راسخاً في الفقه القانوني بعد أن مر بتطورات تاريخية طويلة ويرتبط ارتباطاً قوياً مع مبدأ سلطان الإرادة حيث إن إرادة المتعاقد قادرة على إنشاء العقود وكافية لتحديد آثارها وأساس هذا المبدأ أن الأفراد أحرار بحسب حالاتهم الطبيعية فالحرية هي الأصل.(1)

حتى صار هذا المبدأ دعامة تبني عليها النظرية القانونية وهو بعد أن تماشى فيه المنطق القانوني أصبح يشتمل على أصلين هما أولاً الالتزامات بل كل النظم القانونية ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة، وثانياً لا تقتصر الإرادة على أن تكون مصدر الالتزامات بل هي أيضاً المرجع الأعلى فيما يترتب على هذه الالتزامات من آثار، فالإرادة الحرة هي التي تهيمن على جميع مصادر الالتزام. وبما أن هذا المبدأ أصبح راسخاً قانونياً فلا مانع من امتداده ليشمل التعاقد بالإنترنت، حيث إن نصوص القانون المدني الأردني تتجه في الاتجاه نفسه، إذ إن المادة (88) تنص على أنه: "يصح أن يرد العقد على أي شيء آخر ليس ممنوعاً في القانون أو مخالفاً للنظام العام".

كما ذهبت المادة (213) إلى أبعد من ذلك بقولها: " الأصل في العقد رضا المتعاقدين وما التزماه في التعاقد".

---

(1) د. محمد شريف أحمد، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999، ص24.

المبحث الثاني

مبررات مشروعية التعاقد بواسطة الإنترنت

نحاول في هذا الجانب التأكيد على المبررات التي تدعم ما ذكرناه في المبحث الأول لمشروعية التعاقد عبر الإنترنت:

أولاً: في الفقه القانوني العربي الذي تناول فيه مسألة التعاقد بين غائبين اقترب من هذا الموضوع حيث نجد بعض الإشارات التي يمكن الاتكاء عليها وذلك دعماً لموضوع دراستنا، حيث إن الفقه قبل عشرات السنين أشار بشكل واسع عن التعاقد عن طريق الهاتف وهو أسلوب يقترب كثيراً من الاتصال عبر الإنترنت، والقياس مشروع أصلاً.

فقد أكد د.توفيق فرج بأن التعاقد الي يتم عن طريق المخاطبة التلفونية، أو بأي طريق مشابه، بمثابة التعاقد الذي يتم بين أشخاص حاضرين من حيث الزمان، أما بالنسبة للمكان فإنه يعد بمثابة العقد الذي يتم بين غائبين، وقد أشار إلى التعاقد بالتلفون أو بأي طريق مماثل.[1]

كما رأى د. أنور سلطان أن مجلس العقد هو الاجتماع الوقع فيه العقد سواء طال أم قصر، ومجلس العقد يكون حقيقياً أو حكمياً كما في التعاقد بالتلفون أو بأي طريق مشابه.[2]

---

(1) د. توفيق فرج، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة بين القوانين العربية، الدار الجامعية، بيروت، الطبعة الأولى، 1991، ص106.

(2) د. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة في القوانين المصرية واللبنانية، دار النهضة العربية، بيروت، 1983، ص69.

والأصل أن جميع العقود يمكن إبرامها بين غائبين إذا فصلت فترة من الزمن بين صدور القبول وعلم الموجب به، وهو يفترض تدخل وسيط لإيصال إرادة أحد الطرفين إلى الآخر سواء أكان رسولاً أم برقية أم رسالة (أية طريقة أخرى).

وقد تجاوزت الدراسات القانونية الحديثة ما درج عليه الفقه حيث أصبح يشير بصراحة تامة إلى التعاقد عبر الإنترنت بل ويعده تعاقداً مسلماً به لا يخرج عن قواعد نظرية العقد، حيث إن الكومبيوتر قد دخل حيز التنفيذ في إبرام العقود لا سيما في مجال التعاقد عن طريق البنوك والخطوط الجوية فالتعاقد عن طريق الكومبيوتر هو تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وما بين غائبين من حيث المكان، وأحكام التعاقد بالكومبيوتر لا تتم إلا إذا كان هناك وسيلة اتصال بين هذه الأجهزة الإلكترونية أي وجود شبكة كومبيوتر يستطيع المشترك في تلك الشبكة بواسطتها الاتصال مباشرة مع أي مشترك آخر يمتلك الجهاز نفسه وفقاً لرقم أو إشارة أو كلمة معينة.[1]

كما أن الاتصال بين حاسب إلكتروني وآخر لنقل معلومة عن بعد أي الاتصال بين حاسب إلكتروني وآخر بعيداً عنه حيث أمكن عن طريق تبادل المعلومات بين الآليتين حول صفقة من الصفقات وإبرامها إجراء العقد بعد أن حل الرقم السري محل التوقيع التقليدي، وبالتالي لم يعد ضرورياً لإبرام العقد الانتقال إلى مكان انعقاده والاكتفاء بالتوقيع الإلكتروني ومن هنا ظهر تعبير العقود المعلوماتية.

(1) د. منذر فضل، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول مصادر الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996، ص36 وما بعدها.

كما يسري النص القانوني للتعاقد بالهاتف على حالة التعاقد بالفاكس أو بطريق الكومبيوتر وخاصة الإنترنت، لأن الاتصال بهذه الآلات لا يختلف عن الهاتف في الوقت الحاضر خصوصاً وأن المشرع الأردني جاء ذكره للتعاقد بالهاتف على سبيل المثال لا الحصر، حيث أخضعت المادة (102) من القانون المدني الأردني لنفس الحكم: (التعاقد بواسطة الهاتف أو بأية طريقة مماثلة).

ثانياً: أصبحت منتجات الكومبيوتر من أوراق كتابية وتواقيع رقمية تجد لها مكاناً وحجة في الإثبات، حتى أن المادة (3/14) من اتفاقية هامبورج لسنة 78 عدت التوقيع المقبول قانونياً هو التوقيع بخط اليد أو بالصورة المطبوعة المطابقة للتوقيع الأصلي أو بالتثقيب أو بالختم أو بالرموز أو بأي طريقة ميكانيكية أو إلكترونية، وكذلك أوضحت نفس المادة إجازتها للبيانات الصادرة عن الحاسب الآلي باعتباره حجة الإثبات مثله مثل سند الشحن التقليدي والحكم نفسه أخذ به مشروع قانون التجارة البحرية في مصر سنة 1978.[1]

كما أن الفقرة (ب) من المادة (24) من قانون الأوراق المالية الأردني رقم (23) سنة 1997 تنص على أنه: "تعتبر القيود المدونة في سجلات البورصة وحساباته سواء كانت مدونة يدوياً أو إلكترونياً أو أي وثائق صادرة عنها دليلاً قانونياً على تداول الأوراق المالية فيها بتاريخ السجلات أو الحسابات أو الوثائق ما لم يثبت عكس ذلك".

---

(1) د. عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص65.

كما تنص المادة (30) من نفس القانون في الفقرة (ب) على أنه: "تعتبر القيود المدونة في سجلات المركز وحساباته سواء كانت مدونة يدوياً أو إلكترونياً أو أي وثائق صادرة عنه دليلاً قانونياً على ملكية الأوراق المبينة فيها وعلى تسجيل ونقل ملكية تلك الأوراق وعلى تسوية أثمانها بين الوسطاء المالية وذلك بتاريخ تلك السجلات أو الحسابات أو الوثائق ما لم يثبت العكس". وبما أن منتجات الكومبيوتر قد أخذت لها مكاناً في الإثبات فالأولى أن نجد لها موقعاً في انعقاد العقد ابتداء.

ثالثاً: لا يوجد مانع من الحذو حذو الدول المتقدمة في هذا المجال حيث صدر قانون النقل المصرفي بالطرق الإلكترونية الأمريكي لعام 1978. وفي فرنسا صدر القانون المتعلق بالتصرفات القانونية التي تمت عن طريق وسائل الاتصال الفوري ذات المعالجة الآلية لعام 1980، وقانون حماية المعلومات الأمريكي لعام 1984. وقانون تجارة المعلومات الأمريكي، وفي الأعوام السابقة توالت صدور قوانين التجارة الإلكترونية في العديد من دول العالم، كما أقرت الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع اتفاقية فيينا (في 1980/4/11) فأجازت أن يقع الإيجاب والقبول بالهاتف أو التلكس أو غير ذلك من وسائل الاتصال الفوري، كما هو القانون النموذجي المصحوب بدليل للتشريع والمعد من قبل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري (الأونسترال) في حزيران 1996، وتم الإقرار فيه بإنشاء العقود وصحتها ووقت ومكان إرسال واستلام رسائل البيانات، وفضلاً عن ذلك فإن لجنة الاتحاد الأوروبية قد أعدت عام 1994 الاتفاق النموذجي الأوروبي المتعلق بالتبادل الإلكتروني.

كما أن البرلمان الألماني أقر قانوناً يتيح اعتماد التوقيع الإلكتروني عبر بطاقة الإنترنت وهي عبارة عن بطاقة تحمل شريحة إلكترونية في بادرة تهدف إلى تنشيط العقود عبر الإنترنت، وبهذا القانون تكون ألمانيا قد أقرت بحريات استخدام التواقيع الإلكترونية، وقد وضع القانون معايير أمن هدفها تشجيع العقود الإلكترونية، ويمهد القانون أمام المصارف والأفراد للمضي في خططها إصدار بطاقات تحمل شرائح إلكترونية لزبائنها، فعندما يرغب المستخدم في التوقيع على عقد أو إرسال وثيقة مهمة أو الدفع نقداً أو عربوناً عبر الإنترنت سيكون بوسعه استخدام البطاقة للتحقق من هويته عبر إدخالها في قارئ إلكتروني موصل بجهاز الكومبيوتر وعندها يتم التحقق من الهوية على أساس نظام القفل والمفتاح وهو عبارة عن رقم سري ويقوم مركز مستقل بالتحقق من صحة المفتاح وعليه يمكن المضي بإتمام العقد.

رابعاً: إن التعاقد عبر الإنترنت لن ينشئ عقوداً جديدة أو يستحدث نظريات جديدة بل هو وسيلة تكنولوجية حديثة لإنشاء العقود، فالنظرية العامة للعقد هي التي ستغطي هذا النوع من العقود مع بعض الخصوصية لهذا النوع من التعاقد.

فالعقد عبر الإنترنت يتضمن مفاوضات ومرحلة تمهيدية، وإيجاباً معلقاً وإيجاباً باتاً، وقبولاً مطابقاً للإيجاب، وهناك تعاقد أصالة وتعاقد نيابة، وهناك حالات خاصة للقبول (التعاقد بالعربون عبر بطاقات الدفع والاستقطاع عن طريق كافة البنوك في مكان في العالم) والتعاقد بالمزايدة وهو موجود فعلياً على شبكة الإنترنت.

المبحث الثالث

أهم صور العقود الإلكترونية

وضعت التشريعات المدنية قواعد خاصة للتراضي في بعض حالات التعاقد، فقد يكون التراضي عن طريق التسليم بالشروط التي يضعها الموجب وهذا ما يسمى (عقد الإذعان) وهو ما سندرسه في مطلب أول، وهناك عقود تتم أحياناً لا من طريق الممارسة بل من طريق المزايدة وهو ما يسمى (عقد المزاد) وهو ما سندرسه في مطلب آخر.

المطلب الأول: عقود الإذعان

نصت المادة (104) مدني أردني بأن: "القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها". وعليه فإن عقود الإذعان هي ثمرة التطور الاقتصادي في العهد الحاضر، وقد أصبحت هذه العقود سمة بارزة من سمات التطور العميق.

فالأصل أن لا يتم العقد إلا إذا سبقته مفاوضات بين طرفيه الهدف منها الوصول إلى وضع مناسب للطرفين، ولكن بعد تطور المجتمع أدت ضرورات الحياة إلى ظهور عقود ذات طبيعة خاصة تعمل على تلبية حاجيات الأفراد الضرورية أطلق عليها (عقود الإذعان) وهي تعطي لأحد طرفيها حرية الخيار والمفاوضة للقبول بها، فالإنسان مثلاً لا يستطيع أن يستغني عن وسائل النقل أو عن الماء والكهرباء فليس له إلا قبول التعاقد مع من يوفرها له دون مناقشة أو تفاوض، أي يسلم بكافة الشروط التي يضعها الطرف الآخر دون زيادة أو نقصان، فليس للقابل إلا أن يقبل إبرام العقد أو

لا يقبل، وعادة يقبل الأفراد بهذه العقود لأسباب ناجمة عن الحاجة الماسة لهذه الضروريات فلا رضاء للقابل موجود ولكنه مفروض عليه، وهذا الضرب من الإكراه ليس هو المعروف في عيوب الإرادة بل هو إكراه متصل بعوامل اقتصادية أكثر منه اتصالاً بعوامل نفسية. ويتبين مما تقدم أن عقود الإذعان لا تكون إلا في دائرة معينة لها خصائصها وهي:

1. يجب أن تتعلق بخدمات وسلع ضرورية للإنسان في حياته اليومية.
2. أن يحتكر الموجب بيع هذه السلع أو الخدمات احتكاراً قانونياً أو فعلياً بحيث لا يتعرض للمنافسة.
3. أن يكون الإيجاب معلناً كتابة أي بصيغة نماذج عقدية.
4. أن يكون الإيجاب عاماً موجهاً إلى الناس كافة.
5. أن تكون غالبية الشروط الواردة في العقد من مصلحة الطرف القوي أي الموجب.

وإذا كان المشرع الأردني اعترف بقيام مثل هذه العقود بمجرد تسليم القابل بها إلا أنه سمح للقاضي بالتدخل لمصلحة الطرف المذعن إذا عرض النزاع أمامه. حيث نصت المادة (204) من القانون المدني الأردني على أنه: "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وفقاً لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك". كما نصت المادة (240) منه على أن: "يفسر الشك في مصلحة المدين ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن".

طبيعة عقود الإذعان:

انقسم الفقهاء في طبيعة عقود الإذعان إلى عدة مذاهب منها:

1. يرى بعضهم أن عقود الإذعان ليست عقوداً حقيقية وعلى رأسهم الأستاذ سالي، وتابعه في ذلك فقهاء القانون العام فهم ينكرون على عقود الإذعان صبغتها التعاقدية، إذ إن العقد توافق إرادتين عن حرية واختيار، أما هنا فالقبول مجرد إذعان ووضوح فعقد الإذعان أقرب إلى القانون فيجب تفسيره كما يفسر القانون، ويراعى في تطبيقه مقتضيات العدالة وحسن النية. إذاً فإن عقد الإذعان هو مركز قانوني منظم يجب أن يعنى في تطبيقه بالصالح العام أولاً ثم بما يستحق الحماية من صالح كل من طرفي العقد.
2. يرى غالبية فقهاء القانون المدني أن عقد الإذعان عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين، ويقولون بأنه ليس من المحتم أن يسبق القبول مفاوضات، كما أن عدم المساواة الفعلية بين المتعاقدين أمر يمكن تلافيه وذلك بتدخل المشرع حماية للطرف الضعيف.

وعندما يكون هناك عقود إذعان والتعاقد عن طريق الإنترنت، ففي هذه الحالة نكون أمام عدة احتمالات لإبرام العقود:

1. إذا نظرنا إلى الوسيلة التي تجري عبرها العقود (الكومبيوتر) فإن جوهر عقد الإذعان لن يتغير بالطرق التقليدية عنه في الإنترنت إنما الوسيلة هي التي اختلفت، وعليه فإن الشروط العامة لعقد الإذعان هي الشروط العامة نفسها لعقد الإذعان عن طريق الإنترنت.

2. من الممكن وجود شركات احتكار فعلية على شبكة الإنترنت تقوم بتسويق بضائعها وتقوم بعرض شروطها وأحكامها وأسعارها، ولا تجد من يجاريها بالمنافسة، وما على المشتري (الموجب له) إلا أن يسلم بشروط هذه الشركات ويذعن لها. وخير مثال على ذلك شركة مايكروسوفت التي تحتكر غالبية البرامج الكومبيوترية عبر كافة أنحاء العالم، وكذلك وجود تجمعات كبيرة للشركات العالمية التي أصبحت تنضم إلى بعضها البعض مشكلة (كارتل) عالمي لا تجد من ينافسها فيه وبالتالي تفرض شروطها على الموجب له دون إعطائه الفرصة للمفاوضات أو التدخل في شروط العقد.

وبناء على هذه النقطة الأخيرة لا بد من تأكيد وجوب إيجاد أعراف دولية وجمعيات حماية للمستهلك تؤكد على عدم الاستغلال عبر شبكة الإنترنت وتخفف من وطأة الشركات الاحتكارية لتجعل العقود قابلة للتفاوض وليس عقود إذعان إجبارية.

وذلك بالنص في التشريعات على وجود حماية خاصة للمستهلك (الموجب له) بإلزام المنتج أو التاجر بتزويد الموجب له بالمعلومات الواردة عبر الشبكة متضمنة المعلومات الوافية والواضحة التي تمكنه من استهلاك واستعمال ما انتقل إلى حيازته دون ضرر وترتيب المسؤولية على الموجب (الشركات الاحتكارية) في أي ضرر يلحق بالموجب له نتيجة للتقصير بالتزامه بالإدلاء بهذه المعلومات.

المطلب الثاني: عقود المزاد والمناقصات

لا يقتصر غياب المفاوضات العقدية على عقود الإذعان بل تمتد إلى عقود المزاد التي تتم بالمزايدة أو المناقصة، فكثيراً ما يتم الإعلان عن الرغبة في بيع مال معين عن طريق المزاد العلني، وكثيراً ما تطرح المؤسسات والدوائر الحكومية والشركات عن رغبتها في إبرام عقد مقاولة لبناء جسر أو شق طرق أو تشييد دور سكنية بواسطة المناقصة العلنية. وأهم التطبيقات التي تتم بطريق المزاد (البيوع الإجبارية)، حيث يباع العقار أو المنقول المملوك للمدين والمحجوز عليه من قبل الدائن بواسطة القضاء تمكيناً للدائن من استيفاء حقه، ولكن التعاقد بطريق المزاد يصادف أيضاً في كثير من البيوع الاختيارية عندما يعرض البائع العقار أو المنقول للمزاد وذلك ليحصل على أكبر ثمن ممكن. أما أهم العقود عن طريق المناقصة فنصادفها في عقود المقاولات، حيث تطرح عملية المقاولة في مناقصة يدعى إليها من تتوافر فيه الشروط التي تؤهله لتنفيذها بغية إسنادها إلى من يرتضي إتمامها بأقل أجر من بينهم.

وبالنظر لتعدد الإجراءات التي يتم بها إبرام عقد المزاد يصعب تحديد الوقت الذي يرتبط فيه القبول بالإيجاب ليتم العقد، لهذا تدخلت التشريعات لتحديد الأمر، فقد نصت المادة (103) من القانون المدني الأردني على أنه: "لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزايدة ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو وقع باطلاً أو بإقفال المزايدة دون أن ترسو على أحد وذلك مع عدم الإخلال بأحكام القوانين الأخرى".

والعطاء يكون باطلاً إذا صدر من شخص لا يجوز له التعاقد في الصفقة المطروحة في المزاد ومثال ذلك القاصر، إذ يكون العطاء قابلاً للإبطال إذا صدر مثلاً من قاصر أو محجور عليه، كما أن تمام التعاقد بطريق المزايدة قد يعلق خاصة في المزايدات الحكومية على تصديق سلطة رئاسية معينة وفي هذه الحالة لا يتم ركن القبول إلا بتصديق المشار إليه ولا يعد رسو المزاد وإيداع مبلغ التأمين إلا إيجاباً صادراً من الراسي المزاد عليه.

كما أنه إذا تعرضت في المزاد أرض لتأجيرها على مقتضى شروط واردة بقائمة المزاد تتضمن أن لصاحب الأرض الخيار بلا قيد في قبول أو رفض أي عطاء فإن تقديم العطاء ومجرد قبول المالك لجزء من التأمين النقدي لا يفيد تمام عقد الإيجار بين الطرفين ولا يمنع المالك من أن يستعمل حقه في قبول العطاء أو عدم قبوله في أي وقت شاء حتى بعد انصراف صاحبه.

التعاقد بالمزاد والتعاقد عن طريق الإنترنت والدعوة إلى عقود المزاد أو المناقصة غالباً ما تتم عن طريق وسائل الإعلام المكتوبة أو المرئية وتوجه إلى كافة الناس وبشروط علنية وواضحة، والإنترنت ليس بعيداً عن هذا المجال فهو يعد وسيلة ممتازة لنشر مثل هذه الدعوات للتعاقد بالمزاد أو المناقصة.

ومن المعلوم أن المواقع التجارية عبر شبكة الإنترنت كثيراً ما تستخدم طريقة الدعوى للتعاقد بالمزادات، والفارق الرئيس بين الطرق التقليدية وشبكة الإنترنت أن هذا العرض يوجه إلى عشرات الملايين في عشرات الدول ومئات الدول في مختلف أرجاء الكون، وهذه الدعوى

للتعاقد يقابلها إيجاب من شخص يقوم بإجراءات الموافقة على العرض عن طريق الكومبيوتر إذا ما رسا المزاد على هذا الشخص فيقوم بالدفع عن طريق بطاقة الاعتماد الإلكترونية.

الفصل الرابع
القانون واجب التطبيق
على العقود الإدارية
المبرمة بواسطة الإنترنت

الفصل الرابع

القانون واجب التطبيق على العقود الإدارية المبرمة بواسطة الإنترنت

تعد مسألة تحديد القانون واجب التطبيق وكذلك المحكمة المختصة مشكلة مهمة في ظل عدم وجود مستندات ورقية فضلاً عن انتقال العملية عبر الحدود الإقليمية للدول وتنوع جنسيات العلاقة العقدية، ولذلك فإن الفقه القانوني ناقش مسألة القانون واجب التطبيق على عقود الاستهلاك الإلكتروني، وانتهى إلى خضوع عقود المستهلك إلى قانون الإرادة.

وعقود الاستهلاك الإلكتروني هي العقود التي يكون موضوعها تقديم السلع والخدمات لمن هم في حاجة لها مثل عقد القرض والبيع والإيجار وغيرها.

ولهذا خرجت بعض القوانين المقارنة، ومنها على سبيل المثال القانون الدولي الخاص السويسري عن قاعدة احترام قانون الإرادة، أي القانون الذي ارتضاه الطرفان، وخضوع العقد لقانون الموطن أو المحل الذي يقيم فيه المستهلك عادة وذلك حماية لهذا المستهلك.

ولذلك يرى الفقه القانوني - في الوقت الحالي - أن العقد الدولي وحسب المنهج التقليدي لتنازع القوانين، يخضع لقانون الإرادة. كما أنه يخرج عن هذا الأصل بالنسبة لقانون الإرادة ويخضع لقوانين أخرى سواء أكان قانون القاضي المطروح عليه النزاع أم أي قانون أجنبي آخر، شرط

أن تكون هناك رابطة جوهرية بين العقد الدولي وبين القاعدة القانونية التي تطبق خارج قانون الإرادة، فالأصل هو قانون الإرادة ومع ذلك تطبق عليه القواعد الأخرى شرط أن يكون ذلك التطبيق ضرورياً.

المبحث الأول

التحكيم الدولي

التحكيم الدولي هو قضاء خاص لا يخضع في تنظيمه وعمله للقوانين الوطنية [1]، فقضاته لا يسهرون على خدمة وتطبيق قانون وطني معين بالذات، وإنما يستمد وجوده من اتفاق الأطراف أنفسهم الذين يختارون قضاتهم ويعهدون إليهم بمقتضى اتفاق أو شرائط خاصة مكتوبة بمهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ أو نشأت بالفعل بينهم.[2]

---

(1) التحكيم التجاري الدولي ينقسم إلى نوعين: التحكيم العادي والذي يطلق عليه التحكيم وفقاً للقانون أو كما يسمى أحياناً بتحكيم العدالة Arbitrage d'equite أو Lamible composition. وفي النوع الأول يفصل المحكم في النزاع طبقاً لقواعد القانون الموضوعي لدولة معينة، أما في الثاني فالمحكم يكون في حل من تطبيق أي قانون وضعي حيث يستطيع الفصل في النزاع وفقاً لمبادئ العدل والإنصاف دون أن يتقيد بقواعد القانون. والأصل في التحكيم هو التحكيم وفقاً للقانون بحيث إذا اتفق المتعاقدون على إحالة منازعاتهم إلى التحكيم دون تحديد آخر فهذا يعد في حد ذاته قرينة على أن المقصود هو التحكيم وفقاً للقانون، أما التحكيم مع التفويض بالصلح فلا يستطيع المحكم أن يفصل في النزاع كمفوض بالصلح إلا إذا اتفق الأطراف على ذلك أو صرحوا له بذلك أو كانت تلك هي إرادتهم المعلنة. هذا ويعد لجوء المتعاقدين إلى التحكيم مع التفويض بالصلح نوعاً من التنازل عن حق من طبيعة خاصة ومزدوجة. فمن ناحية هو تنازل اتفاقي عن حق شخصي هو الحق الذي يمنحه القانون للشخص في أن يتقاضى ويفصل في طلبه وتتحقق الحماية القضائية لحقه وفقاً لقواعد القانون، أي هو تنازل عن الحق الشخصي في حماية القانون. وبيان ذلك أن المحكم المفوض بالصلح لا يكون ملزماً بتطبيق قواعد القانون حيث يستند في قضائه إلى فكرة العدالة. ومن ناحية أخرى فهو أيضاً تنازل عن الحق في استئناف قرار التحكيم لدى النظم التي تجيز الطعن في أحكام المحكمين بالاستئناف. وتبرير ذلك أن الاستئناف يجعل شرط التفويض بالصلح غير ذي قيمة حيث إن محكمة الاستئناف لا تحكم أصلاً إلا وفقاً للعدالة وليس تطبيقاً لقواعد القانون.

للمزيد انظر: د. أحمد سلامة، العقد الدولي الطليق، بند 217 وما بعده.

(2) الالتجاء إلى التحكيم يتم بمقتضى اتفاق مكتوب Convention Arbitrale يأخذ بإحدى الصورتين التاليتين: الأولى: حيث يعهد المتعاقدون إلى المحكمة بتسوية المنازعات التي يحتمل أن تنشأ =

والأصل الاتفاقي للتحكيم لا يعني التقليل من قدر قرار التحكيم واحترامه، حيث إن الأصول الفنية للتحكيم توضح أن إرادة الأطراف تعهد إلى المحكم بسلطة قضائية حقيقية وليس بمهمة صلح أو توفيق.[1]

فالمحكم على الرغم من أنه ليس بقاض إلا أنه يقوم بذات الوظيفة المنوط بالقاضي القيام بها ألا وهي الفصل في المنازعة المعروضة عليه بإصدار حكم فيها.

ولما كان من شأن عدم ملاءمة التنظيمات القضائية لنظر وتسوية ما ينشأ عن عمليات التجارة الدولية الحديثة من منازعات، أن فضل المتعاملون في ميدان هذه التجارة الالتجاء إلى التحكيم الذي يقوم بالفصل في تلك المنازعات بعيداً عن قضاء الدولة وقانونها، حيث لا يتقيد بقواعد القوانين الوطنية الجامدة التي أضحت لا تتناسب وحل منازعات العقود الدولية، فبهذه المثابة يعد التحكيم على صلة وثيقة بفكرة العقد الدولي الطليق، لأنه يزكي بطبيعته نزع العقد من قانون الدولة وإسناده إلى قانون التجارة الدولية.

ولعل ذلك ما يقتضي منا التعرض أولاً لأساس تحرر العقد الدولي من حكم القوانين الداخلية أمام قضاء التحكيم.

عن العقد المبرم بينهم في المستقبل وهذا هو شرط التحكيم Convention Compromissoire والذي يعد بمثابة اتفاق في العقد الأصلي على الالتجاء إلى التحكيم سابق على وقوع النزاع. والثانية: وهي تسوية المنازعات التي تنشأ بالفعل عن العقد بعد ذلك وهذه مشارطة للتحكيم Le compromise.

(1) راجع cass. 25/5962 rev.arb1962103. حيث قررت المحكمة أن:

ll faut ettablir qu'elle les parties avaient eu la volonte de donner aux tiers qu'elle avaient denommes arbitres un pouvior juridictionnel.

وإذ يخرج التحكيم العقد الدولي على هذا النحو من نطاق سلطان القوانين الوطنية كي يخضع للقواعد الموضوعية للتجارة الدولية التي نشأت في رحاب المجتمع الدولي للتجارة ورجال الأعمال[1]، التي ساهم التحكيم نفسه بدور فعال في خلقها، وذلك بإيجاده للحلول الذاتية التي تلائم عقود التجارة الدولية وإرسائه لبعض العادات والقواعد التي ليس لها نظير في الأنظمة الوطنية، وبتكرار حلول التحكيم لمنازعات العقود الدولية صار القانون الموضوعي للتجارة الدولية قانون السوابق الذي تتبلور فيه القواعد الملائمة لمجابهة تلك المنازعات، الأمر الذي يمكن معه القول أن التحكيم قد أضحى أحد العوامل الرئيسة في خلق وتطبيق قانون التجارة الدولية.

وهذا ما يحتم علينا إبراز دور التحكيم في إرساء القواعد الموضوعية لهذا القانون.

---

(1) إذا كان التحكيم وفقاً للقانون قد أخرج العقد الدولي عن نطاق سلطان القوانين الوطنية إزاء قصور هذا الأخير ليخضعه لقواعد القانون المادي للتجارة الدولية، فإن التحكيم مع التفويض بالصلح قد شاركه ميزة إخراج العقد من سطوة القوانين الداخلية، ولكن ليخضعه لمبادئ العدالة والإنصاف.

ويرى الفقه الراجح أن الرجوع إلى مبادئ العدالة يعني في واقع الأمر وفي جانب كبير منه الرجوع إلى عادات وأعراف التجارة الدولية وسائر القواعد التي تشكل القانون المادي للتجارة الدولية، حيث إن المحكم المفوض بالصلح نادراً ما استند إلى العدالة وحدها كمبرر لتأسيس قضائه، ويكمن تبرير ذلك في أن فكرة العدالة نفسها تعد من الأفكار التي ما زال يشوبها عدم الوضوح وتنقصها الدقة، والمحكم لا يستطيع أن يستلهم العدالة من آرائه الشخصية وإنما يتعين عليه توصلاً إلى تحقيقها أن يقوم باستبعاد القواعد غير الملائمة في القوانين الوضعية عند نظره للنزاع، وأن يبحث عن حل لهذا النزاع سواء في قواعد التجارة الدولية أو بالرجوع إلى المبادئ القانونية المعترف بها من الأمم المتمدينة.

فإذا كان قضاء التحكيم الدولي قد ذهب ـ كما رأينا ـ إلى تطبيق القواعد الموضوعية للتجارة الدولية بالأفضلية على منهج التنازع خاصة وأنه قد عد اختيار المتعاقدين لقانون داخلي معين هو مجرد اختيار مادي وإن كان يؤدي إلى إفلات العقد من الأحكام الآمرة في القانون المختار، إلا أنه لا يحول دون خضوعه لأعراف وعادات تجارية دولية.

فهل قيام المحكم بتطبيق هذه الأعراف والعادات الدولية يتم مباشرة بمجرد طرح النزاع عليه أم أن إعماله لهذه الأحكام الموضوعية يتم من خلال قاعدة إسناد تبرر هذا الإعمال؟

هذا ما سوف تبينه أخيراً من خلال كيفية إعمال منهج القواعد الموضوعية على منازعات العقود الدولية التي تطرح على قضاء التحكيم.

فمع تنوع أنماط العقود الدولية الحديثة، ظهر جلياً قصور منهج التنازع التقليدي في إيجاد الحلول المناسبة لهذه العقود المتطورة، بالنظر لما يؤدي إليه ذلك من تطبيق أحد القوانين الوطنية التي وضعت أساساً لحكم العلاقات والمبادلات الداخلية، الأمر الذي لا يستجيب وطبيعة هذه العقود ذاتها التي تقتضي تعدد روابط الإسناد على نحو يصعب معه أن يدعي نظام قانوني واحد كفايته لحكمها.

ومن هنا اتجه جانب من الفقه المعاصر إلى تأكيد الحاجة إلى وجود العقد المتحرر من سلطان القوانين الداخلية أو العقد الطليق في مجال التجارة الدولية[1]. بل حتى في الفرض الذي قد يرجع فيه المتعاقدون إلى

---

(1) يعرف العقد الطليق على أنه: العقد الذي يتسم بالاكتفاء الذاتي، والذي يغني المحكم عن الاستعانة بأي قانون غير العقد ذاته، بحيث يتسع مضمون قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ليصبح =

قانون دولة معينة لمعالجة ما عسى أن يكونوا قد سكتوا عن تنظيمه، فإن قواعد هذا القانون لا تنطبق بوصفها نظاماً قانونياً بل باعتبارها من الشروط التعاقدية المكملة للعقد. وفي خارج هذه الحدود يظل العقد طليقاً خارج سيطرة القانون يتمتع بتنظيم ذاتي مرده إرادة الأطراف وحدهم.

هذا ويرى الفقه الحديث أن حق المتعاقدين في تنظيم روابطهم التعاقدية الدولية لا يستند إلى مطلق مبدأ سلطان الإرادة، الذي يعلو فوق القانون كما ذهب إلى ذلك أنصار النظرية الشخصية التقليدية، وإنما يستند إلى قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي الخاص لدى قضاء التحكيم تتكئ على مبدأ حرية التعاقد - أسوة بالقاعدة المادية المماثلة في مجال العقود الداخلية والتي تؤكد أن العقد شريعة المتعاقدين، وتمنح على هذا النحو للمتعاقدين القدرة على التنظيم الذاتي للعقد بما لا يتعارض والأحكام الآمرة في هذا القانون - تخول للمتعاقدين القدرة على وضع الشروط العقدية التي تناسبهم بما في ذلك حقهم في اختيار قانون دولة معينة لتنظيم العلاقة بينهم، ورد قدرة المتعاقدين على اختيار قانون العقد - على هذا النحو - إلى قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي الخاص أسوة بالقاعدة المادية المماثلة في القانون الداخلي من شأنه - وفقاً لما يراه جانب من الفقه - أن يؤدي إلى نتيجة مهمة.

فإذا كان اختيار المتعاقدين لقانون أجنبي في إطار العقود الداخلية يؤدي إلى إنزال أحكام القانون المختار منزلة الشروط العقدية، فبالمثل فإن

المقصود منها ليس تنظيم العلاقة بين المتعاقدين فحسب بل وأيضاً تأسيس هذه العلاقة وإضفاء الصفة القانونية عليها.

الاختيار الإرادي لقانون العقد في مجال العلاقات الخاصة الدولية سيفضي إلى اندماج القانون المختار في العقد وتحرر هذا الأخير من أحكامه الآمرة.[1]

وإذا كان يمكن تقبل هذه النتيجة في إطار عقود التجارة الدولية التي تطرح على قضاء التحكيم الدولي، فإنه يصعب التسليم بها في ظل الحقائق الراهنة أمام القضاء الداخلي، لأن هذا الأخير - كما رأينا - يرد قدرة المتعاقدين على اختيار قانون العقد إلى قاعدة من قواعد تنازع القوانين، الأمر الذي يؤدي إلى خضوع الرابطة العقدية للأحكام الآمرة في القانون المختار.

أما قضاء التحكيم فيميل إلى إدماج القانون المختار في العقد من منطلق أن المحكم يستمد في الأصل سلطانه من إرادة المتعاقدين، وبالتالي فهو لا يملك كمبدأ عام الخروج عن هذه الإرادة أو الإخلال بتوقعاتها المشروعة، الأمر الذي يخرج القاعدة التي ترخص لهؤلاء باختيار قانون العقد من دائرة قواعد التنازع لتصبح مجرد قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي الخاص، تلزم المحكم باحترام إرادة المتعاقدين في اختيار قانون العقد.

ولعل ما يؤكد الطابع المادي للقاعدة التي تجيز للأطراف اختيار قانون العقد أمام المحكم، أنه من ناحية أن هذا الأخير لا يملك قانوناً يعد

---

(1) ومع ذلك يرى الفقه أن اندماج القانون المختار في العقد وإن كان سيؤدي إلى تحرر هذا الأخير من الأحكام الآمرة في هذا القانون إلا أنه لن يؤدي إلى تحرر العقد من مطلق سلطان القانون لأنه سيخضع في جميع الأحوال لقانون محل الأداء المميز.

قانونه اختصاصه ـ وفقاً لما يراه البعض ـ مما يجعل كافة القوانين الداخلية بالنسبة له أجنبية، الأمر الذي تفقد معه قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة على هذا النحو طابعها التنازعي كقاعدة من قواعد توزيع الاختصاص التشريعي بين قانون القاضي والقوانين الأجنبية.

ومن ناحية أخرى فإنه يحق للمتعاقدين أمام قضاء التحكيم ـ كما رأينا ـ اختيار قانون غير داخلي مثل القانون التجاري الدولي[1]، الأمر الذي يتأتى من خلال قواعد الإسناد والحال أن هذه الأخيرة لا تشير إلى اختصاص قانون عابر للحدود.

وهكذا يستند الاختيار الإرادي لقانون العقد أمام قضاء التحكيم إلى قاعدة مادية في القانون الدولي الخاص تبيح للمتعاقدين حق الاختيار المادي للأحكام التي يرونها مناسبة لتنظيم روابطهم العقدية، الأمر الذي يؤدي إلى اندماج القانون المختار في العقد الذي يصبح بهذه المثابة عقداً طليقاً يفلت من الأحكام الآمرة في القوانين الداخلية.

وتحرر العقد من الأحكام الآمرة في القانون المختار أمام قضاء التحكيم لا يعني لدى الفقه الحديث المؤيد لفكرة العقد الدولي الطليق

---

(1) ويرى جانب من الفقه أن إنكار البعض للصفة القانونية لقواعد القانون التجاري الدولي من شأنه أن يؤدي إلى اندماج هذا القانون في العقد باعتباره مجرد شرط من الشروط العقدية، الأمر الذي يقتضي إخضاع العقد في هذه الحالة للقانون الخاص بمقتضى قواعد التنازع فيما لو سكتت الإدارة عن اختيار قانون العقد.

أما في حالة الاعتراف بالقوة الملزمة لقواعد القانون التجاري الدولي، فاختيار المتعاقدين لهذه القواعد أمام المحكم هو اختيار تنازعي يقوم في رأيه على قاعدة من قواعد تنازع القوانين يخضع العقد بمقتضاها لأحكام القانون التجاري الدولي.

أن هذا العقد قد أصبح خارج نفوذ القانون مستنداً إلى ذاته، وإنما اشترط هذا الفقه الحديث أن يكون ثمة قانون آخر تستمد منه الرابطة العقدية قوتها الملزمة، وحتى ولو كان هذا القانون لا ينتمي لدولة محددة مثل القانون التجاري الدولي.

بل ويرى جانب من الفقه الحديث المؤيد لخضوع العقد لقواعد القانون التجاري الدولي، أنه يمكن مع ذلك إخضاع العقد للقانون الذي تختاره إرادة المتعاقدين وفقاً لمنهج التنازع حتى ولو كان النزاع مطروحاً على قضاء التحكيم، ومثل هذا الاختيار يعد اختياراً تنازعياً يؤدي إلى خضوع العقد للأحكام الآمرة في القانون المختار وإن ظل العقد خاضعاً لعادات وأعراف التجارة الدولية، الأمر الذي من شأنه أن يؤدي إلى التطبيق الجامع لكل من القانون المختار والقانون التجاري الدولي في آن واحد.

ومثل هذا الاتجاه قد تبنته بعض الأعمال الاتفاقية والتشريعية، مثل الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف في 21 إبريل عام 1961 والتي نصت في مادتها (1/7) على أن: "يكون الأطراف أحراراً في تحديد القانون الذي يجب أن يطبقه المحكمون على موضوع النزاع... وفي الحالتين يأخذ المحكمون في الحسبان اشتراطات العقد وعادات التجارة".

وأيضاً اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري المبرمة في 14 إبريل عام 1987 حيث نصت في مادتها (1/21) على أن: "تفصل الهيئة ـ هيئة التحكيم ـ في النزاع وفقاً للعقد المبرم بين الطرفين وأحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمناً إن وجد، وإلا فوفق أحكام القانون

الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع على أن تراعى قواعد الأعراف التجارية الدولية المستقرة".

وفي المعنى نفسه أيضاً المادة (42) من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدولة ومواطني الدول الأخرى المبرمة في واشنطن عام 1965.

كما ذهب إلى ذلك أيضاً القانون المصري رقم (27) لسنة 1994 بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية حيث نص في مادته (1/39) على أن: "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان. وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك".

ثم أضافت الفقرة الثالثة من المادة المذكورة قولها: "ويجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة". أما إن سكت المتعاقدون عن اختيار قانون العقد، فيرى البعض أن على المحكمين إسناد الرابطة العقدية للقانون الداخلي المختص بمقتضى قاعدة الإسناد التي يرونها مناسبة في ضوء المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص مع مراعاة عادات وأعراف التجارة الدولية.

هذا ما اتجه إليه قانون التحكيم التجاري المصري الجديد في مادته (2/39).[1]

في حين يرى البعض الآخر أن سكوت المتعاقدين عن اختيار قانون دولة معينة والتجائهم إلى التحكيم أو إدراج شرط التحكيم في العقد يعد

(1) تنص المادة (2/39) على أنه: "إذا لم يتفق الطرفان على القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع".

في حد ذاته دليلاً على انصراف إرادة هؤلاء إلى إخضاع العقد للقواعد المادية التي نشأت داخل المجتمع الدولي للتجارة ورجال الأعمال هذا ما لم يثبت العكس[1]. فكأن من يختار قاضياً معيناً يختار قانونه.

بل يقرر جانب آخر من الفقه أن تطبيق القواعد الموضوعية للتجارة الدولية يكون واجباً بمجرد اللجوء إلى التحكيم أو تضمين العقد شرطاً للتحكيم، حيث يتحتم تطبيق هذه القواعد تلقائياً في هذه الحالة حتى ولو لم تتجه إلى ذلك إرادة الأطراف صراحة وذلك استناداً إلى إرادتهم الضمنية التي تستخلص من هجرهم لقضاء الدولة والتجائهم إلى التحكيم للفصل في منازعاتهم.

ويبدو أن قضاء التحكيم الحديث يميل إلى هذا الاتجاه الأخير حيث يذهب ـ كما سنرى ـ إلى التطبيق المباشر للقانون التجاري الدولي دون حاجة لتمسك الأطراف بهذا التطبيق صراحة أو ضمناً.

تخلص من ذلك أن قضاء التحكيم الغالب يميل إلى اعتبار اختيار المتعاقدين لقانون العقد هو اختيار مادي يستند إلى قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي الخاص، تندمج بمقتضاه أحكام القانون المختار[2] في العقد وتصبح جزءاً منه، وهو ما يفقد هذا القانون بالتالي سلطانه الآمر ويخول للمتعاقدين على هذا النحو حق الخروج عن أحكامه الآمرة، وإن

---

(1) Level, op. cit. p.231; Goldman – Re'gles de conflit, re'gles d'application imme'diate et re'gles mate'rielles dans l'aarbitrage commercial international, Travaux, 1971, p.119 et s; Fouchard, The'se, op,cit, no576.

(2) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2004.

ظل العقد مع ذلك خاضعاً للأعراف والعادات الدولية السائدة في مجتمع التجار ورجال الأعمال، التي يتعين على المتحكمين مراعاتها نزولاً على إرادة الأطراف وفق ما يراه جانب من الفقه، أو بالتطبيق المباشر لهذه الأعراف والعادات باعتبارها قانوناً واجب التطبيق على علاقات التجارة الدولية كما يرى البعض الآخر.

هذا وإن كان قضاء التحكيم قد اعتد أحياناً باختيار المتعاقدين لقانون دولة معينة بوصفه اختياراً تنازعياً يخضع العقد بمقتضاه للقانون المختار، إلا أن ذلك لم يحل دون المحكم وتطبيق القواعد العرفية السائدة في مجال التجارة الدولية أيضاً.

وعلى هذا النحو فسواء عد قضاء التحكيم اختيار المتعاقدين لقانون العقد هو مجرد اختيار مادي تنزل بمقتضاه أحكام القانون المختار منزلة الشروط العقدية، أو عد مثل هذا الاختيار اختياراً تنازعياً يخضع العقد بمقتضاه للقانون المختار، فالعقد يظل في جميع الأحوال خاضعاً لأعراف وعادات التجارة التي نشأت في رحاب المجتمع الدولي للتجار ورجال الأعمال.

ومما لا شك فيه أن تكرار تطبيق قضاء التحكيم لهذه الأعراف والعادات واضطراده على الأخذ بها سيؤدي إلى استقرار العمل بمقتضاه، الأمر الذي يبرز دور التحكيم كأداة لخلق قواعد القانون التجاري الدولي واستقرار أحكامه.

ولم يعد الفصل في منازعات العقود الدولية حكراً على قضاء الدولة وحدها حيث أصبح التحكيم منافساً خطيراً لهذا القضاء، خاصة أن المتعاملين في مجال التجارة الدولية يفضلون طرح منازعاتهم على أشخاص

ذوي خبرة فنية خاصة لا يتقيدون بقواعد القوانين الداخلية التي أضحت لا تواكب في أكثر الأحيان التطور الذي لحق بهذه التجارة.

وإذ يتجنب المتعاملون في ميدان تلك التجارة ـ على هذا النحو ـ القواعد القانونية الوضعية، فلم يعد للعقود التي يبرمونها قانوناً آخر سوى القانون الذي يرسمون هم أنفسهم قواعده وأحكامه والذي اصطلح الفقه الحديث على تسميته بقانون التجارة الدولي.

ويسعى محترفو التجارة الدولية على هذا النحو إلى إدراج شرط التحكيم في عقودهم رغبة منهم في تدويلها وإخضاعها للقانون وإخضاعها للقانون التجاري الدولي بما يتضمنه من أعراف وعادات مهنية جرى عليها العمل في الأسواق الدولية، حيث إن تطبيق مثل هذه العادات والأعراف يشعرهم بالأمان ويصون توقعاتهم المشروعة، خاصة وأن القائمين على تطبيق هذه الأحكام الموضوعية هم من المتخصصين في التجارة أو المهنة المثار في شأنها النزاع والعارفين جيداً بطبيعة هذه الأعراف ذات الطابع الفني التي يكفل إعمالها تجنيب المتعاقدين مغبة مفاجآت القوانين الداخلية التي يجهلون المضامين الموضوعية لأحكامها.

وإذا كان قضاء التحكيم قد استطاع تفسير العادات والأعراف المهنية والتجارية السائدة في مجتمع البائعين والمشترين العابر للحدود بما يكفل لها ذاتيتها واستقلالها عن الأنظمة الداخلية، وأسهم بتطبيقه لهذه القواعد الموضوعية ذات النشأة التلقائية في استقرارها بما يزيد من إحساس أعضاء هذا المجتمع بإلزامها وضرورتها لتنظيم مجتمعهم هذا، فإنه قد استطاع أيضاً ـ كما رأينا ـ استخلاص المبادئ القانونية المشتركة في الدول المختلفة خاصة في المسائل التي لم تستقر في شأنها عادات وأعراف

معينة في الأسواق الدولية على نحو أصبح معه لهذه المبادئ طابعها المميز الذي يتفق وطبيعة المجتمع الدولي للتجار ورجال الأعمال.

على أن دور قضاء التحكيم لم يقتصر عند هذا الحد بل إنه عمل جاهداً من ناحية أخرى على استكمال بعض الأوجه التي اتسمت بها قواعد القانون التجاري الدولي وذلك لخلقه قواعد جديدة تسري على معاملات التجارة الدولية التي سيؤدي تواتر العمل بها أمام التحكيم إلى تخويلها من مجرد سوابق فردية إلى قواعد تتسم بالعموم والتجريد.

ورغم أن التحكيم قد أضحى على هذا النحو، فهو أيضاً الأداة المتميزة لخلق وتطبيق القواعد الموضوعية للتجارة الدولية، لدرجة قرر معها البعض أنه سيأتي اليوم الذي يستطيع فيه التحكيم خلق قانون خاص دولي ليحل محل القانون الدولي الخاص[1]. إلا أنه مما يشكل عقبة حقيقية بين قضاء التحكيم وبين أدائه لدوره في إرساء قواعد القانون التجاري الدولي أن أحكام هذا القضاء ـ بخلاف أحكام القضاء الداخلي ـ لا يتم نشرها حفاظاً على سرية المنازعات التي هي أهم مميزات التحكيم، وحتى لا يؤثر ذلك في سمعة المتعاملين في ميدان التجارة الدولية، الأمر الذي كان من شأنه التأثير بالسلب على استقرار القواعد التي تم التعامل بمقتضاها في المنازعات التي تطرح على قضاء التحكيم، خاصة وأن هذه الأحكام قد تصدر دون بيان أسبابها.

ورغم جهود غرفة التجارة الدولية في باريس لمعالجة هذه المشكلة التي انتهت بالتوصية على نشر أحكام المحكمين التي تتضمن مبادئ

(1) Burns et Motulsky – Tendances et perspectives de l'arbitrage international, Rev.int .Dr comp, 1957, p.717.

قانونية تهم الأوساط التجارية مع حذف أسماء أطراف النزاع أو ما قد يمس سمعتهم أو يتصل بأسرار نشاطهم وتجارتهم، إلا أنها لم تجد نفعاً لأن السرية ما زالت مع ذلك طابع هذه الأحكام.

وإذا كان قد سبق لنا أن رأينا أن الفقه قد فضل تطبيق منهج القواعد الموضوعية للتجارة الدولية بالأولوية على منهج التنازع طالما كان النزاع مطروحاً على قضاء التحكيم، فإن هذا من شأنه أن يثير التساؤل عما إذا كانت هذه القواعد الموضوعية تسري على منازعات العقود الدولية بقوة سريانها الذاتية بمجرد أن تتعلق المنازعة بها وبمجال تطبيقها دون حاجة إلى قاعدة إسناد معينة تحدد حالات إعمالها أم أن وجود تلك القاعدة الأخيرة هو أمر لا غنى عنه؟

أما وقد اتجه قضاء التحكيم - كما رأينا - إلى تحرير عقود التجارة الدولية من سلطان القوانين الداخلية وإخضاعها للقواعد الموضوعية للتجارة الدولية، فإن التساؤل يثور حول أساس تطبيق هذه القواعد أمام هذا القضاء. فهل تطبيق هذه القواعد يتم من خلال منهج التنازع وهو الأمر الذي يؤيده جانب من الفقه، أم أن تطبيقها يتم مباشرة بما لها من قوة سريان ذاتي وهو ما يرجحه جانب آخر من الفقه؟

هذا ما سوف نستوضحه على التوالي لنبين أي الرأيين هو الأرجح.

يرى جانب من الشراح [1] أن القواعد الموضوعية للقانون التجاري الدولي لا تسري إلا بمقتضى قاعدة إسناد هي إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية في العقد الدولي.

---

(1) Goldman, Bruns et Motulsk.

ويجب أن لا يفهم أن حاجة هذه القواعد الموضوعية لقاعدة إسناد يعني أن تلك القواعد تدخل في منازعة مع القوانين الداخلية، بل إن المقصود من ذلك هو مجرد استعارة تلك القواعد الموضوعية لقواعد الإسناد الموجودة في هذه القوانين الأخيرة كي تجد سنداً لتطبيقها.

ويستند هذا الاتجاه في تبريره لرأيه إلى أن هذه القواعد الموضوعية لا تستطيع أن تفرض نفسها على القاضي أو المحكم، ومن ثم فلا يحق له تطبيقها من تلقاء نفسه دون وساطة وسيلة فنية يعرفها، تبرر دخول تلك القواعد أمامه. وفي شأن القواعد الموضوعية الخاصة بالعقود الدولية تكون هذه الوسيلة هي إرادة الأطراف.

وعلى هذا النحو فوجود قاعدة إسناد هو أمر لازم لتطبيق وتعيين حالات اختصاص القواعد الموضوعية الخاصة بالتجارة الدولية، حيث إن كل قاعدة من هذه القواعد الأخيرة تكون متوقفة على تحديد نطاق تطبيقها في المكان بمساعدة قاعدة تنازع.

فالحكم أو القاضي لا يستطيع الفصل في النزاع المطروح أمامه على أساس هذه القواعد الموضوعية إلا إذا اتجهت لذلك إرادة المتعاقدين صراحة أو ضمناً.

وليس من المتعذر تبرير توقف تطبيق هذه القواعد الموضوعية على إرادة المتعاقدين، لأنه بالرغم من أن عادات وأعراف التجارة الدولية وإن شكلت قواعد قانونية قادرة على حكم وتنظيم العقود الدولية، إلا أن تلك القواعد ما هي إلا قواعد مكملة لا تنطبق بقوة سريانها بل لا بد أن يقرر الأطراف بإرادتهم الصريحة أو حتى الضمنية رغبتهم في سريان أحكامها.

وبالتالي فتطبيق القواعد المكملة لا يحتاج لتمسك الأفراد بها لأن شرط تطبيقها هو عدم استبعاد الأفراد لحكمها، والقول بغير ذلك يتضمن إنكاراً للصفة القانونية لقواعد القانون التجاري الدولي والتي تصبح بهذه المثابة في حكم العادات الاتفاقية التي تنزل منزلة الشروط العقدية، ومن ثم فهي لا تكون واجبة التطبيق إلا بناء على رغبة المتعاقدين في ذلك صراحة أو ضمناً.

وبناء على ذلك فإن توقف تطبيق قواعد القانون التجاري الدولي على إرادة المتعاقدين وفقاً لهذا الرأي يعد اختياراً مادياً وليس اختياراً تنازعياً يتم بواسطة قاعدة من قواعد الإسناد كما يدعي أنصاره، لأن قواعد الإسناد تشير باختصاص قانون معين يحكم العقد ولا تكتفي بإنزال القواعد المختارة منزلة الشروط العقدية كما في حالة الاختيار المادي.[1]

ولعل مما يدعم عدم توقف تطبيق أحكام القانون التجاري الدولي على إرادة الأطراف أن أنصار فكرة العقد الطليق قد قرروا أن سكوت المتعاقدين عن اختيار قانون العقد ـ سواء أكان قانوناً داخلياً أم القانون التجاري الدولي ـ لا يعني تحرر العقد من مطلق سلطان القانون أمام المحكم، لأن هذا الأخير يلتزم مع ذلك بإخضاع العقد في هذه الحالة لأحكام القانون التجاري الدولي.

(1) ويختلف الأمر إذا ما كان النزاع مطروحاً على القضاء الداخلي، حيث لا يتصور التنازع إلا بين القوانين الداخلية للدول المختلفة، وبالتالي فاختيار المتعاقدين لأحكام القانون التجاري الدولي أمام هذا القضاء هو مجرد اختيار مادي تنزل بمقتضاه هذه الأحكام منزلة الشروط العقدية التي لا تستطيع مخالفة القواعد الآمرة في القانون الداخلي الذي تشير باختصاصه قاعدة الإسناد عند سكوت الإرادة عن اختيار قانون العقد.

كما لا يتأتى في هذه الحالة أيضاً استخلاص إرادة المتعاقدين الضمنية في تطبيق هذا القانون الأخير من مجرد إدراج شرط التحكيم في العقد، لأن إرادة المتعاقدين في هذا الفرض هي أقرب ما تكون للإرادة المفترضة منها للإرادة الضمنية، الأمر الذي يتعين معه البحث عن أساس تطبيق المحكمين لقواعد القانون التجاري الدولي هذا الفرض خارج إطار منهج التنازع.

وعليه فالتخلي عن إرادة المتعاقدين كشرط لإعمال قواعد هذا القانون الأخير لا يترجم إلا بالإعمال المباشر للقواعد الموضوعية في القانون التجاري الدولي التي لا يحتاج إعمالها لمنهج التنازع اكتفاء بما لها من قوة السريان الذاتي.

يرى الجانب الآخر من الفقه أن القواعد الموضوعية للقانون التجاري الدولي تنطبق بصفة مباشرة على العقود الدولية دون حاجة للجوء إلى قاعدة الإسناد التي تقضي بإخضاع العقد لقانون الإرادة.

وبهذه المثابة فتطبيق هذه القواعد الموضوعية لا يحتاج لاختيار المتعاقدين لها، حيث إنها تسري بقوتها الذاتية وتكون واجبة التطبيق بمجرد تعلق المنازعة بعقد من عقود التجارة الدولية، وذلك لأن التنظيم الموضوعي المباشر الذي يتضمنه منهج هذه القواعد يجعل منه منهجاً مستقلاً عن كل قاعدة إسناد، فالطابع غير الوطني لقواعد هذا المنهج يجعل مشكلة تطبيق هذه القواعد من حيث المكان غير قائمة واستعمالها غير متوقف على أية قاعدة تنازع ولكن فقط على شروط مادية للتطبيق وهي أن يتعلق الأمر بعقد دولي.

ويتفق هذا النظر مع طبيعة وأهداف القواعد الموضوعية للقانون التجاري الدولي، ذلك أن هذه القواعد التي تشكلت في إطار مجتمع التجار ورجال الأعمال العابر للحدود تعد من القواعد المادية التي وضعت خصيصاً للاستجابة لمتطلبات التجارة الخارجية وإدراك أهدافها، فيكون من الطبيعي أن يتصدى المحكمون لتطبيقها تطبيقاً مباشراً دون حاجة لمنهج التنازع بوصفها جزءاً من النظام القانوني الذي ينتمون إليه.

وبهذه المثابة الأخيرة فقد يصدق الرأي الذي يؤكد الحاجة إلى منهج التنازع كشرط لتطبيق القواعد الموضوعية في القانون التجاري الدولي في الحالة التي يكون فيها النزاع مطروحاً على القضاء الداخلي، لأن هذا القضاء لا يستطيع تطبيق هذه القواعد الموضوعية تطبيقاً مباشراً لكونها لا تشكل أصلاً جزءاً من نظامه القانوني، الأمر الذي يستوجب اختيار المتعاقدين صراحة لهذه القواعد الدولية حتى يمكن للقاضي تطبيقها عملاً بقاعدة التنازع التي تقرر إسناد العقود الدولية لقانون الإرادة.

بل قد يصعب حتى في هذا الفرض تطبيق هذه القواعد الموضوعية من خلال منهج التنازع ذاته، حيث لا يتصور الفقه الغالب قيام التنازع بين الأنظمة الداخلية المختلفة وأي نظام قانوني آخر عابر للحدود.

ولذلك يعد اختيار المتعاقدين لقواعد القانون التجاري الدولي حتى أمام القضاء الداخلي - وأسوة بما هو عليه الحال أمام قضاء التحكيم - مجرد اختيار مادي وليس اختياراً تنازعياً مما يترتب عليه نزول قواعد هذا القانون منزلة الشروط العقدية التي تظل خاضعة للأحكام الآمرة في القانون الداخلي الذي تشير قواعد التنازع باختصاصه عند سكوت الإرادة عن الاختيار التنازعي لقانون العقد.

ومع ذلك فمن المتصور وجود بعض الحالات التي تطبق فيها القواعد الموضوعية للتجارة الدولية أمام القضاء الداخلي. وذلك كما في حالة انضمام دولة القاضي المطروح عليه النزاع إلى بعض المعاهدات الدولية التي تحيل نصوصها إلى العادات والأعراف الدولية، أو فيما لو كانت قواعد الإسناد تشير بتطبيق قانون داخلي معين وكانت نصوص هذا القانون تحيل إلى الأعراف والعادات السائدة التي قد يكون من بينها الأعراف والعادات المتبعة في الأسواق الدولية.

وفي مثل هذا الفرض الأخير فتطبيق الأعراف والعادات الدولية لم يتم نتيجة لإعمال منهج التنازع، وإنما تم تطبيقها بناء على إحالة النصوص الداخلية في قانون الدولة الذي أشارت قواعد الإسناد باختصاصه.

وعلى هذا النحو فإذا كان يصعب اعتبار قواعد القانون التجاري الدولي بمثابة قانون للعقد وفقاً لما استقر عليه الفقه التقليدي في القانون الدولي الخاص إذا ما كان النزاع مطروحاً أمام القضاء الداخلي، فإن الأمر يختلف كل الاختلاف في الفرض الذي يثار فيه هذا النزاع أمام قضاء التحكيم، حيث إن طبيعة صلة المحكمين بهذه القواعد التي أسهموا في استقرارها تبرر اعتبارها قانون اختصاصهم [1]، الأمر الذي يصبح معه من الطبيعي انطباقها مباشرة على المنازعات التي تثور أمامهم دون حاجة للالتجاء إلى منهج التنازع.

(1) Derians – Le statut des usages du commerce international devant les jurisdictions arbitrales, Rev, arb, 1973, p.146 ET147.

وإذا ما سلمنا بهذه الحقيقة الأخيرة خاصة مع سكوت الإرادة عن اختيار قانون العقد، فالأمر يختلف في حالة اختيار المتعاقدين صراحة لقانون داخلي لدولة معينة لحكم الرابطة العقدية. إذ يتجه قضاء التحكيم في الغالب – على ما رأينا – إلى تطبيق القانون المختار احتراماً لإرادة المتعاقدين التي يستمد منها المحكم اختصاصه القضائي بالفصل في النزاع، مع اعتباره أن مثل هذا الاختيار ما هو إلا اختيار مادي تندمج بمقتضاه أحكام القانون المختار في العقد لتصبح جزءاً منه وهو ما يخول للمتعاقدين حق الخروج عن أحكامه الآمرة.

واعتداد المحكم بالقانون المختار على هذا النحو لا يحول دونه ودون تطبيقه المباشر لأعراف وعادات التجارة الدولية، خاصة إذا كانت الأعراف والعادات تتناول بالتنظيم بعض المسائل الفنية في صدد التجارة أو المهنة التي ثار في شأنها النزاع.

وإذا كان تطبيق المحكم لهذه القواعد الدولية بالإضافة إلى تطبيقه لأحكام القانون المختار من شأنه أن يؤدي إلى تجزئة العقد، إلا أن مسلكه هذا لا ينطوي في الواقع على خروج إرادة المتعاقدين في الاختيار، لأنه حين قام بتطبيق القانون التجاري الدولي تطبيقاً مباشراً فإنه قد طبقه على غير المسائل التي تناولها القانون المختار أصلاً بالتنظيم.

ومع ذلك يثور التساؤل عن الفرض الذي قد تتعارض فيه أحكام القانون المختار وعادات وأعراف التجارة الدولية. فهل يحترم المحكم إرادة المتعاقدين في هذه الحالة الأمر الذي يدفعه إلى تطبيق القانون الداخلي المختار بوصفه تعبيراً عن هذه الإرادة، أم يقوم بتطبيق هذه القواعد الدولية

مباشرة باعتبارها انعكاساً للقانون الذاتي للمجتمع العابر للحدود الذي ينتمي إليه؟

وإذ يتجه قضاء التحكيم في هذه الحالة إلى تطبيق القانون الداخلي المختار مستبعداً على هذا النحو الأحكام الموضوعية في القانون التجاري الدولي، فإن مسلكه هذا يتعارض ومسلك القضاء الداخلي الذي لا يلجأ إلى منهج التنازع إلا في صدد المسائل التي لا يوجد في شأنها قاعدة من قواعد القانون الدولي الخاص المادي، خاصة أن الفقه قد سوى بين القواعد المادية في قانون التجارة الدولية والقواعد المادية ذات المصدر الداخلي من حيث وجوب الإعمال المباشر دون الاعتداد بمنهج التنازع.

ومع ذلك فلا تثريب على قضاء التحكيم في مسلكه هذا، لأن غالبية القواعد المادية في القانون التجاري الدولي ـ كما رأينا ـ تتسم بالطابع المكمل، مما يحق معه للمتعاقدين استبعادها والاتفاق صراحة على ما يخالفها شأنها في ذلك شأن غيرها من القواعد المكملة.

وبهذ المثابة يعد اتفاق المتعاقدين على تطبيق قانون آخر بخلاف القانون التجاري الدولي بمثابة استبعاد لأحكام هذا القانون الأخير ذات الطابع المفسر.

ولما كان اختيار المتعاقدين لقانون داخلي معين أمام قضاء التحكيم هو مجرد اختيار مادي يؤدي إلى اندماج أحكام القانون المختار في العَقد ونزولها منزلة باقي الشروط التعاقدية، فإن تطبيق المحكم للقانون المختار على هذا النحو ما هو إلا تطبيق لشروط عقدية تستطيع أن تخالف الأحكام المكملة في القانون التجاري الدولي، والتي أوقف المحكم سريانها الذاتي بناء على إرادة المتعاقدين في استبعادها.

وإذا كان قضاء التحكيم [1] قد اعتاد على هذا النحو باختيار المتعاقدين لقانون داخلي معين، إلا أن أحكامه قد تباينت في تفسيراتها لمسألة اختيار هذا القانون، حيث فسرت بعض أحكام المحكمين اختيار المتعاقدين للقانون الداخلي على أساس أنه اختيار يهدف إلى استكمال النقص في قواعد القانون التجاري الدولي.

وعلى هذا النحو تم تطبيق قواعد هذا القانون الأخير مباشرة واقتصر الرجوع لقانون الإرادة على المسائل التي لم تتضمن قواعد القانون التجاري الدولي في شأنها حلاً للنزاع.

وعلى العكس قررت أحكام أخرى أن اختيار المتعاقدين لقانون داخلي معين لا يحول دون تطبيق القواعد الموضوعية للقانون التجاري الدولي تطبيقاً مباشراً، خاصة أن هذه القواعد الأخيرة تستهدف استكمال النقص الذي يتسم به القانون المختار الذي لم تتطور قواعده بالقدر الذي تستطيع معه مواجهة مختلف المسائل التي تثيرها عقود التجار الدولية الحديثة.

وعلى هذا النحو أعملت هذه الأحكام قانون الإرادة وقصرت الرجوع إلى الأعراف الدولية على المسائل التي لم يتضمن القانون المختار حلاً لها.

نخلص من ذلك إلى أن اعتداد المحكمين بالقانون الداخلي المختار لا يحول بينهم وبين التطبيق المباشر لقواعد القانون التجاري الدولي،

---

(1) راجع الحكم المنشور في:

CLUNET 1977,PP,364 ـ 366M N' 54 ـ 56.

وفي نفس الاتجاه انظر أيضاً حكم تحكيم ليامكو REV.ARB.1980,135. وايضاً حكم تحكيم أرامكو: REV.CRIT,P.306 ETSS.SPEC.P.312.

واعتدادهم على هذا النحو بقانون الإرادة أو حتى بالقانون الذي تشير باختصاصه قواعد الإسناد الاحتياطية في حالة سكوت الإرادة عن اختيار قانون العقد يستهدف استكمال النقص المتصور في القواعد الموضوعية في القانون التجاري الدولي.

وفي حالة تعارض أحكام القانون المختار مع هذه القواعد الدولية، فإن استبعاد هذه القواعد الأخيرة يجد تبريره في صفتها المفسرة التي تجيز الاتفاق على ما يخالفها.

ومع ذلك فقد يضطر المحكم إلى تجاهل القانون الداخلي المختار وتطبيق قواعد القانون التجاري الدولي إذا ما اصطدم هذا الأول مع اعتبارات النظام العام الدولي أي مع بعض القواعد الآمرة في القانون التجاري الدولي.

فهل يستطيع بعد ذلك العقد الدولي أمام قضاء التحكيم أن يفلت من حكم القانون؟

المبحث الثاني
الحلول الفقهية المقترحة بشأن القانون واجب التطبيق على العقود الإدارية

أثارت مسألة القانون واجب التطبيق على العقود المبرمة بواسطة الدولة أو أحد الأجهزة العامة التابعة لها مع الشركات الأجنبية خلافاً فقهياً حاداً، ويمكن في هذا الصدد التمييز بين ثلاثة اتجاهات رئيسة: الاتجاه الأول: ينادي بتوطين هذه العقود وذلك بإخضاعها لقانون الدولة المتعاقدة، والاتجاه الثاني: ينادي بتدويل هذه العقود وذلك بإخضاعها للقانون الدولي العام، والاتجاه الثالث: ينادي بعدم توطين هذه العقود وإخضاعها لنظام قانوني ثالث.

ونعرض فيما يلي لهذه الاتجاهات الثلاثة كل في مطلب مستقل.

المطلب الأول: إخضاع العقود الإدارية لقانون الدولة المتعاقدة

ذهب جانب من الفقه إلى القول بخضوع العقد الإداري للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، واستندوا في ذلك إلى عدة حجج هي:

1. فكرة العقد الإداري.
2. قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة.
3. وجود قرينة لصالح تطبيق قانون الدولة المتعاقدة.

ونعرض فيما يلي لهذه الحجج تباعاً.

أولاً: تطبيق قانون الدولة المتعاقدة استناداً إلى فكرة العقد الإداري

يرى جانب من الفقه [1] إخضاع عقود البترول لقانون الدولة المتعاقدة باعتبارها عقوداً إدارية، واستندوا في ذلك إلى ما يلي:

1. أن أحد أطراف عقود البترول - بصفة خاصة في الشرق الأوسط - شخص من أشخاص القانون العام.
2. أن عقد البترول يتعلق بتسيير وتنظيم مرفق عام، ويتأكد طابع المرفق العام في استغلال الثروة البترولية من عدة قرائن مستمدة من العقد ذاته، حيث يشترط موافقة الدولة على المشروع البترولي وإجازتها له مسبقاً. هذا فضلاً عن خضوعه لمراقبة ثابتة من الدولة، ومراجعة حساباته من قبله، وتمتعه ببعض امتيازات السلطة العامة، وإعفائه من الضرائب والرسوم وغير ذلك من سمات المرافق العام.
3. إن عقود البترول تتضمن العديد من الشروط الاستثنائية غير المألوفة في مجال القانون الخاص. ويمكن أن نذكر من ذلك بعض مظاهر السلطة العامة التي تتمتع بها الشركة المتعاقدة مثل: حقها في شغل الأراضي، واستخدام عمال أجانب، وإقامة السكك

---

(1) انظر:

El _ Sayed (M.), L'organisation Des Payes Exportateuts De Petrole, Paris L.G.D.J. 1967, P.79; Bogouslaysky. L'etat En Tant Que Partie'a Des Contrats De Constion Ou D'investissement Conclus Avec Des Societes Etrageres , Colloque Unidroit A Rome, 1976, P.303 Mustapha (M.), Op.Cit, Pp.55 Of P88 Benchikh (M.), Op .Cit , P.86 Etss.

انظر أيضاً: حافظ أحمد سعيد، الطبيعة القانونية لعقد الامتياز البترولي كعقد إداري، بحث مقدم لمؤتمر البترول العربي الخامس والذي عقد بالقاهرة في كتاب يوسف علوان، المرجع السابق، ص1707.

الحديدية والموانئ وغيرها من وسائل المواصلات. هذا فضلاً عن حقها في التمتع بالإعفاء من الضرائب والرسوم الجمركية. كما تتضمن عقود البترول بعضاً من الشروط الاستثنائية التي تخول جهة الإدارة امتيازات لا يمكن أن يتمتع بها المتعاقد معها. ومن ذلك حق الإدارة في التفتيش على نشاط الشركة المتعاقدة وفحص دفاترها وسجلاتها، وحقها في فسخ العقد في حالات معينة. وحظر التنازل عن هذا العقد إلا بموافقة الحكومة.

نحن نتردد في اعتبار استغلال الثروة البترولية مرفقاً عاماً بالمعنى المفهوم في القانون العام، ومن ثم اعتبار عقد البترول عقداً متصلاً بمرفق عام، وذلك للأسباب الآتية:

1. أن استغلال الثروة البترولية بواسطة الشركة المتعاقدة ليس مشروعاً يعمل باضطراد وانتظام بقصد أداء خدمات عامة للجمهور، حيث إن الشركة المتعاقدة لا تلتزم بإفادة الجمهور من البترول الذي تنتجه، ولا يتضمن عقد البترول أي نص بهذا المعنى. هذا في حين أن المرافق العامة يستهدف بصفة أساسية تحقيق النفع العام. فالغرض من إنشاء المرفق العام هو إشباع الحاجات العامة للجمهور مثل حاجتهم إلى الأمن والعدالة والصحة والتعليم... إلخ. ويعد تحقيق النفع العنصر المميز للمرفق العام عن غيره من المشروعات الأخرى التي لا تستهدف إلا تحقيق النفع الخاص.[1]

---

(1) راجع د. محمود محمد حافظ، نظرية المرفق العام، الجزء الأول، الطبعة الأولى، 1964، ص22 وما بعدها. وفي نفس المعنى: د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، الكتاب الثاني: نظرية المرفق العام وعمال الإدارة، دار الفكر العربي، ص22 ـ 24.

والقول بغير ذلك، أي اعتبار استغلال الثروة البترولية مرفقاً عاماً، معناه إخضاع استغلال الثروة البترولية للمبادئ الأساسية التي تخضع لها المرافق العامة، وهي: مبدأ السير المنتظم والمضطرد للمرافق العامة، ومبدأ مسايرة المرفق العام للتطورات المستجدة، ومبدأ مساواة الأفراد في الانتفاع بخدمات المرفق العام[1]، وهو ما لا يحدث في الواقع العملي.

2. أن الدولة رغم ما لها من سلطات الإشراف والرقابة على أعمال الشركة المتعاقدة، إلا أنها ليست صاحبة الرأي الأعلى والكلمة النهائية في إدارة المشروع البترولي وتنظيمه، بل إن القدر الأكبر من هذا التنظيم وتلك الإدارة بيد الشركة المتعاقدة.[2]

ولا يكفي لإضفاء طابع المرفق العام على مشروع ما أن يقتصر تدخل الدولة عند حد الإشراف والرقابة. فالمشروعات الخاصة تخضع لنوع من الرقابة والإشراف، فقد تعين الدولة مديراً للمشروع الخاص، وقد تمثل الحكومة في مجلس إدارة الشركة. وقد تتدخل الدولة لمساعدة ومعاونة وتشجيع المشروعات الخاصة فتمنحها بعض امتيازات وحقوق السلطة العامة مثل حق التنفيذ المباشر ونزع الملكية، إلا أن كل هذه المظاهر لتدخل الدولة أو

(1) راجع في شرح هذه المبادئ د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، المرجع السابق، ص144 وما بعدها.

(2) انظر الدكتور محمد طلعت الغنيمي، تغيير الأوضاع وعقد الامتياز البترولي، بحث مقدم إلى مؤتمر البترول العربي السادس، بغداد، 1967، ص 12 ـ 13.

السلطة العامة لا تجعل من المشروع الخاص مرفقاً عاماً، بل يجب أن يصل تدخل الدولة إلى حد الهيمنة على المشروع بحيث يكون لها الكلمة النهائية في إنشاء وإلغاء المشروع، وفي تحديد قواعد سيره وتنظيمه.[1]

3. وبالإضافة إلى ما تقدم فإنه لا يوجد أي نص يقرر إضفاء طابع المرفق العام على استغلال الثروة البترولية. بل على العكس يمكننا أن نخلص من النصوص المتعلقة باستغلال الثروات الطبيعية والمرافق العامة إلى عدم إضفاء طابع المرفق العام على استغلال الثروة البترولية.

إذا كان اتصال العقد الذي يبرمه أحد أشخاص القانون العام بالمرفق العام شرطاً لازماً وضرورياً لكي يعد العقد إدارياً، فإن ذلك ليس كافياً بذاته لمنح العقد هذه الصفة، وذلك لأن الإدارة رغم تعلق العقد بالمرفق العام قد تلجأ إلى وسائل القانون الخاص فتتبع في شأنه ما يتبعه الأفراد في تصرفاتهم العادية، ومن ثم لا يعد كافياً أن يتصل العقد بمرفق من المرافق العامة ليكتسب الطابع الإداري، بل يشترط إلى جانب ذلك اتباع الإدارة لوسائل القانون العام. وأهم وسيلة يستدل بها في الكشف عن نية الإدارة في الأخذ بأسلوب القانون العام دون القانون الخاص هي: تضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في مجال القانون الخاص، ومن أهم أمثلة الشروط

---

(1) للمزيد انظر:
- د. محمود محمد حافظ، المرجع السابق، ص448.
- د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، المرجع السابق، ص190 ـ 200.

الاستثنائية تلك التي تتضمن امتيازات للإدارة لا يمكن أن يتمتع بها المتعاقد الآخر مثل حق الإدارة في تعديل العقد. وحقها في الإشراف والرقابة أثناء تنفيذ العقد، وحقها في فسخ العقد أو إنهائه بإرادتها المنفردة دون حاجة إلى رضى الطرف الآخر.

وإذا كان مجرد انتفاء وجود الشروط الاستثنائية يعد قرينة على انتفاء الطابع الإداري عن عقود البترول. فإنه من باب أولى ينتفي عنها هذا الطابع إذا تضمنت شروطاً مضادة تحد من السلطات التي تتمتع بها جهة الإدارة في العقد الإداري.

أما القول بأن العقد يعد إدارياً لاحتوائه على شروط تعطي للدولة سلطة الإشراف والرقابة على أعمال الشركة المتعاقدة مما يعد شروطاً استثنائية، فإنه لا يمكن الأخذ به. ذلك أن النص على حق الدولة في الإشراف والرقابة يكون بهدف التأكد من حسن أداء الشركة المتعاقدة لالتزاماتها. ولا تعد من قبيل الشروط الاستثنائية بالمعنى المفهوم في القانون الإداري.

كما أن القول بأن المزايا التي تتمتع بها الشركات المتعاقدة تعد من قبيل الشروط الاستثنائية غير المألوفة لا يمكن التسليم به، وذلك لأن هذه المزايا مقررة لمصلحة هذه الشركات في مواجهة جهة الإدارة، والمفروض في الشروط الاستثنائية غير المألوفة التي تضفي الطابع الإداري على العقد أن تكون مقررة لصالح جهة الإدارة تجاه المتعاقد معها أو مقررة لصالح المتعاقد معها تجاه الغير.

وقد أخذت بعض أحكام التحكيم بوجهة النظر التي انتهينا إليها على النحو المذكور، حيث رفضت اعتبار عقد البترول محل النزاع عقداً

إدارياً. ويعد الحكم الصادر في قضية تكساكو ضد الحكومة الليبية [1] من أهم هذه الأحكام، حيث رفض المحكم (ديبوي) اعتبار عقود البترول محل النزاع عقوداً إدارية. وذلك على أساس أن هذه العقود لا تتوافر فيها الشروط التي ينص عليها القانون الليبي حتى يمكن الاعتراف للعقد بالطابع الإداري. فقد قدر المحكم أنه: "بالإضافة إلى عدم توافر فكرة إدارة المرفق العام أو استغلاله، فإنه من الثابت أيضاً أن الحكومة الليبية قد انتوت التعامل على قدم المساواة مع شركائها في عقود الامتياز محل النزاع، كما أن هذه العقود لا تتضمن شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص، بل على العكس كان من المنصوص عليه في العقد أن القوانين واللوائح التي من شأنها تعديل الحقوق التعاقدية للشركات المستثمرة لا تكون قابلة للتطبيق على هذه الشركات إلا بموافقتها".

وذهب جانب من الفقه – وبحق – إلى أن التفرقة بين عقود القانون الخاص وعقود القانون العام التي تأخذ بها بعض الأنظمة القانونية كالنظام الفرنسي وبعض الأنظمة المتأثرة به، يقتصر مجال إعمالها على المعاملات الداخلية المحضة، أي العقود التي تتم داخل الدولة الواحدة، وإعمالها على العقود المبرمة بواسطة الدولة والأشخاص العامة التابعة لها مع الشركات الأجنبية، أي في إطار المعاملات الدولية الخاصة. يعني تطبيقها خارج النطاق الذي وضعت له أصلاً وهو النظام القانوني الداخلي. ففي إطار

(1) راجع الحكم المنشور في

CLUNET 1977,PP.364 – 366M N' 54 – 56 .

وفي نفس الاتجاه انظر أيضاً حكم تحكيم ليامكو REV.ARB.1980, 135. وأيضاً حكم تحكيم أرامكو: REV.CRIT, P.306 ETSS. SPEC P.312.

المعاملات الدولية الخاصة، فإن المشكلة التي يثيرها العقد الدولي هي معرفة القانون واجب التطبيق عليه، فإذا ما تمت معرفة هذا القانون، فإن تحديد ما إذا كان العقد إدارياً من عدمه يتم الفصل فيها تبعاً للمبادئ السائدة في هذا القانون وما إذا كان يأخذ بمثل هذه التفرقة أم لا.

ثانياً: تطبيق قانون الدولة المتعاقدة استناداً إلى قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة

ذهب جانب من الفقه إلى القول إن القرارات الصادرة من الجمعية العامة للأمم المتحدة والمتعلقة بالسيادة الدائمة للدول على ثرواتها الطبيعية، والتنمية الاقتصادية للدول الآخذة في النمو تقدم أساساً قانونياً جديداً لتطبيق القانون الوطني للدولة الطرف على عقود الاستثمار المبرمة بينها وبين المستثمر الأجنبي التي تتعلق باستغلال الموارد الطبيعية لهذه الدول. إذ إنه طبقاً لهذا القرار فإن قانون الدولة الطرف يطبق على هذه العقود ليس بالضرورة بناء على النظرية التقليدية التي تقضي بأن العقود المبرمة بين أطراف ليس جميعها من أشخاص القانون الدولي يجب أن يحكمها القانون الوطني، ولكن على أساس حقوق السيادة التي للدولة الطرف على ثرواتها الطبيعية كما يحددها القانون الدولي، ومن أجل زيادة التنمية الاقتصادية لهذه الدولة بصفة عامة، وتنمية الموارد الطبيعية التي يشملها الاتفاق بصورة خاصة.

وتبدأ مقدمات هذا الاتجاه المدافع عن خضوع العقود المتعلقة باستغلال الموارد الطبيعية بما في ذلك عقود البترول، للقانون الوطني للدولة المتعاقدة [1] والخاص بالسيادة الدائمة على الموارد الطبيعية. فقد نصت المادة

(1) قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (1802) الصادر في 14 ديسمبر 1962.

الثانية من هذا القرار على أن استغلال وتنمية هذه الموارد والتصرف فيها، وكذلك استيراد رأس المال الأجنبي اللازم لهذه الأغراض، يجب أن يتم طبقاً للقواعد والشروط التي تعدها الشعوب والأمم ضرورية أو مرغوباً فيها بالنسبة إلى الإذن بتلك النشاطات أو تقييدها أو حظرها.

كما نصت المادة الرابعة من هذا القرار على حق الدول في التأميم أو نزع الملكية أو المصادرة مع مراعاة أن يكون ذلك على أساس من المنفعة العامة أو الأمن العام أو المصلحة الوطنية المسلم بأولويتها على المصالح الفردية أو الخاصة، الأجنبية والوطنية، على أن يدفع للمالك في مثل هذه الحالات التعويض الملائم وفقاً للقواعد السارية في الدولة التي تتخذ هذه الإجراءات عند ممارستها لسيادتها، وفقاً للقانون الدولي.

وإذا كان هذا القرار قد أشار إلى القانون الدولي، بيد أن هذا القانون الأخير لم ترد له أية إشارة في القرارات الأخرى الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، فقد نصت المادة الرابعة من القرار رقم (2201) [1] المتعلق بإنشاء نظام اقتصادي عالمي جديد. على حق كل دولة في السيادة الكاملة والدائمة على مواردها الطبيعية وكل الأنشطة الاقتصادية فيها، ولحماية هذه الموارد، يكون لكل دولة الحق في ممارسة رقابة فعالة عليها وعلى استغلالها بالوسائل الأكثر ملاءمة بالنسبة لها، بما في ذلك الحق في التأميم أو نقل الملكية لمواطنيها. ويعد هذا الحق تعبيراً عن السيادة الكاملة والدائمة، ولا يجوز أن تخضع أي دولة في ممارسته لأية ضغوط سياسية أو اقتصادية أو غيرها تحول دون ممارستها هذا الحق.

(1) القرار الصادر في أول مايو سنة 1974.

ولقد تبنت هذا الاتجاه حكومة الكويت في نزاعها مع شركة أمانويل. فقد تمسكت حكومة الكويت بأن حق السيادة الدائمة على الموارد الطبيعية أصبح قاعدة آمرة تحظر على الدول أن تمنح عن طريق العقد أو المعاهدة أية ضمانات تحول دون ممارسة السلطة العامة لسيادتها على الثروات الطبيعية.

إلا أن محكمة التحكيم قد رفضت وجهة النظر التي تمسكت بها الحكومة الكويتية التي مفادها: أن السيادة الدائمة على الموارد الطبيعية أصبحت قاعدة آمرة تحظر على الدول أن تمنح، سواء بموجب العقد أو المعاهدة، أية ضمانات أياً كان نوعها تحول دون ممارسة السلطة العامة لسيادتها على الثروات الطبيعية، وذلك بقولها حتى إذا كان القرار 1803 الصادر عن الجمعية العامة يعكس الوضع الراهن للقانون الدولي، فإن القرارت اللاحقة عليه لا تتمتع بالقوة نفسها، وحتى إذا كانت بعض الأحكام التي تضمنتها هذه القرارات يمكن اعتبارها مقننة لقواعد تعكس ما يجري عليه العمل على الصعيد الدولي. فإنه من غير الممكن أن يستخلص من ذلك وجود قاعدة من قواعد القانون الدولي الآمرة تحظر على الدولة أن تتعهد بعدم إجراء أية تأميمات خلال فترة معينة. فقد يكون من المفيد للدول المضيفة أن يكون لها القدرة على أن تتعهد بعدم تأميم مشروع أجنبي معين خلال فترة زمنية محددة، ولا توجد أية قاعدة في القانون الدولي العام تمنعها من ذلك.

ويبدو لنا أن محكمة التحكيم تعترف بالقيمة القانونية للقرارات محل البحث، وذلك من خلال تأكيدها حق الدول في السيادة الدائمة على

الموارد الطبيعية، وحقها في التأميم، بيد أنها لم تهب إلى أحد اعتبارها متضمنة لقواعد قانونية آمرة لا يجوز للدولة الاتفاق على مخالفتها.

ثالثاً: تطبيق قانون الدولة المتعاقدة استناداً إلى وجود قرينة مفترضة لصالح هذا القانون

بعد أن أكدت المحكمة الدائمة للعدل الدولي في قضيتي القروض الصربية والبرازيلية سنة 1929 أن كل عقد لا بد وأن يخضع بالضرورة إلى القانون الداخلي لدولة ما. وذلك عندما قضت بأن: "كل عقد ليس مبرماً بين الدول باعتبارها من أشخاص القانون الدولي، يجد أساسه في القانون الداخلي لدولة ما". أكدت المحكمة أيضاً على وجود قرينة لصالح تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة وذلك في حالة غياب الاختيار الصريح من قبل الأطراف لنظام قانوني وطني آخر. وذلك بقولها: "إن الدولة ذات السيادة لا يمكن افتراض أنها قد أخضعت جوهر دينها وصحة التزاماتها المكلفة بها في هذا الصدد لقانون آخر غير قانونها". ويستفاد من هذا القضاء أن المحكمة الدائمة للعدل الدولي على الرغم من أنها قد أقرت صراحة أن تحديد القانون الوطني واجب التطبيق على هذا النوع من العقود يتم وفقاً لقواعد القانون المعروف باسم القانون الدولي الخاص أو نظرية تنازع القوانين، بيد أنها لم تذهب إلى حد إخضاع هذه العقود للقانون الوطني الذي تشير إليه هذه القواعد، بل أخضعت هذه العقود للقانون الوطني للدولة المتعاقدة وذلك على أساس وجود قرينة مستفادة من مجرد وجود الدولة كطرف في العقد لصالح تطبيق قانون هذه الدولة.

وقد اعتنق القضاء الوطني في بعض البلدان، في بادئ الأمر، الحق نفسه الذي تبنته المحكمة الدائمة للعدل الدولي، ففي فرنسا أخذت محكمة النقض الفرنسية منذ القرن الماضي بهذه القرينة، وذلك عندما قضت في حكمها الصادر سنة 1849 بأن: "كل شخص خاص يتعاقد مع دولة ذات سيادة يخضع لقوانين هذه الدولة".

كما أخذت بها أيضاً محكمة استئناف باريس، فقد قضت في حكمها الصادر في 5 يناير لسنة 1928 بأن: "كل شخص خاص يتعاقد مع دولة ذات سيادة، يخضع لهذا السبب وحده لقوانين هذه الدولة".

وقد أشار إلى وجود هذه القرينة حكم أرامكو [1]، وذلك عندما ذهبت محكمة التحكيم إلى أن القانون النافذ في المملكة العربية السعودية هو القانون واجب التطبيق على عقد الامتياز من حيث الموضوع، وذلك على أساس أن هذه الدولة تعد طرفاً في العقد بصفتها مانحة وأنه من المسلم به في القانون الدولي الخاص أن الدولة ذات السيادة - يفترض إلى أن يثبت عكس ذلك - أنها قد قبلت خضوع الالتزامات التي أبرمتها لقانونها الوطني.

بيد أن هذا الاتجاه قد تعرض للنقد الشديد من جانب غالبية الفقهاء، فقد ذهب البعض إلى أن قضاء المحكمة الدائمة للعدل الدولي قد تم تجاوزه بالتطورات اللاحقة ولم يعد يستجيب للحاجات الحالية للتجارة الدولية.

---

(1) مشار إليها في حكم تحكيم أرامكو.

وإذا كان حقيقياً أنه من غير الممكن افتراض قبول الدولة إخضاع العقد المبرم بواسطتها لقانون دولة أخرى أو للمبادئ العامة للقانون أو للقانون الدولي العام. فكذلك الشيء أيضاً من غير الممكن افتراض قبول الشركة الخاصة الأجنبية التي تتعاقد مع الدولة إخضاع عقدها لقانون الدولة المتعاقدة، لا سيما أن قبول الشركة الخاصة الخضوع لسلطان هذا القانون يعرضها لمخاطرة السيادة. وإذا كان قانون الدولة المتعاقدة غالباً ما يعد في الواقع العملي هو القانون واجب التطبيق، فإن ذلك لا يرجع لوجود قرينة على تطبيق قانون هذه الدولة نظراً لصفتها كدولة، وإنما يرجع إلى طبيعة العقد ذاته الذي يتركز تنفيذه على الأقل في الجانب الأعظم منه على إقليم هذه الدولة. فقانون الدولة المتعاقدة يكون واجب التطبيق في مثل هذه الأحوال باعتباره قانون محل التنفيذ.

وباختصار فإن كون أحد الأطراف دولة ذات سيادة ـ وفقاً لهذا الرأي ـ لا يمثل في حد ذاته قرينة على تطبيق قانون هذا الطرف. ولا يعد حتى مجرد إشارة ذات دلالة قوية في هذا الصدد.

ويرى هؤلاء أن رفض وجود قرينة لصالح تطبيق قانون الدولة المتعاقدة لا يعد متناقضاً مع ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (42) من اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار بقولها إنه: "في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف بشأن القانون واجب التطبيق، تطبق محكمة التحكيم قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع ـ بما في ذلك قواعد تنازع القوانين ـ وكذلك مبادئ القانون الدولي في هذا الخصوص". واستندوا في ذلك على أمرين:

1. إن إشارة النص إلى قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع قد تضمنت صراحة قواعد تنازع القوانين في هذه الدولة، مما قد يترتب على تطبيقها الإحالة إلى قانون آخر سواء أكان قانون الدولة التي ينتمي إليها الطرف الخاص الأجنبي أم قانون دولة ثالثة.
2. إن الإشارة إلى قانون الدولة المتعاقدة يمكن تبريرها بفكرة الإسناد إلى مكان التنفيذ الرئيس، أي باعتبار أن قانون هذه الدولة يعد قانون البلد الذي ينفذ فيه العقد بصفة رئيسة. هذا بالإضافة إلى إشارة النص إلى تطبيق مبادئ القانون الدولي في هذا الخصوص على قدم المساواة مع قانون الدولة المتعاقدة.

والخلاصة أن الاتجاه السائد في الفقه لا يسلم بوجود أي قرينة لصالح تطبيق قانون الدولة المتعاقدة مستفادة من مجرد وجود الدولة كطرف في العقد. ويرى خضوع هذه العقود للقواعد المتبعة في تحديد القانون واجب التطبيق على العقود المبرمة بين الأشخاص الخاصة بصفة عامة.

كما أن القضاء الحديث في العديد من البلدان قد رفض التسليم بوجود مثل هذه القرينة ولم يعد وجود الدولة كطرف في العقد على أنه قرينة لصالح تطبيق قانون هذه الدولة. فقد ألغت غرفة اللوردات بإنجلترا بموجب حكمها الصادر عام 1927 حكم محكمة الاستئناف الذي طبق القانون الإنجليزي على العقد المبرم بواسطة الحكومة البريطانية، وقد قررت أن مجرد كون العقد مبرماً بواسطة الدولة لا يمثل قرينة لصالح تطبيق قانون هذه الدولة.

كما أن محكمة النقض الفرنسية قد عدلت عن موقفها السابق، وقضت في حكمها [1] بعدم وجود أي قرينة خاصة تطبق على العقود المبرمة بين دولة ما وأحد الرعايا الأجانب. وذلك عندما تدخل هذه العقود، بطبيعتها وبالشكل الذي أبرمت فيه على حد سواء، ضمن طائفة اتفاقات القانون الخاص والمشابهة للاتفاقات التي تبرم بين الأشخاص خاصة.

وقد سارت في الاتجاه نفسه محكمة استئناف باريس، ففي حكمها الصادر في 10 إبريل سنة 1957 في قضية Myrtoon Steamship، أقرت بأن وجود الدولة الفرنسية كطرف في عقد من عقود القانون الخاص ذات الطابع الدولي لا يترتب عليه بالضرورة تطبيق القانون الفرنسي، حيث إن العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الخاصة الأجنبية تكون فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق، مشابهة للعقود المبرمة بين الأشخاص الخاصة وذلك عندما يكون لهذه العقود طابع عقود القانون الخاص.

وبالانتهاء من عرض هذا الرأي الأخير، نكون بذلك قد انتهينا من عرض الاتجاه الذي ينادي بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة على عقود البترول.

المطلب الثاني: إخضاع العقود الإدارية للقانون الدولي العام

يذهب جانب من الفقه إلى إخضاع العقود المبرمة بواسطة الدولة أو الأجهزة العامة التابعة لها مع الشركات الأجنبية، كما هو الشأن بالنسبة لعقود البترول، للقانون الدولي العام. بيد أن الحجج والأسانيد التي يستندون إليها تختلف من فقيه إلى آخر. ويمكن في هذا الصدد التمييز بين

---

(1) القرار الصادر في 21 مايو لسنة 1932.

ثلاثة آراء: الرأي القائل بإخضاع العقد للقانون الدولي العام استناداً إلى قواعد القانون الدولي الخاص، والرأي القائل بإخضاع العقد للقانون الدولي العام باعتباره معاهدة دولية، وأخيراً الرأي القائل بإخضاع العقد للقانون الدولي باعتباه تصرفاً قانونياً دولياً من نوع جديد.

ونعرض فيما يلي لهذه الآراء تباعاً:

أولاً: الرأي القائل بإخضاع العقد للقانون الدولي العام استناداً إلى قواعد القانون الدولي الخاص

يعد الفقيه (Goldman) من أبرز الفقهاء الذين نادوا بتطبيق القانون الدولي العام على العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة - بما في ذلك عقود البترول - وذلك إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة المقررة في القانون الدولي الخاص.

ولقد بدأ الفقيه (Goldman) [1] في سبيل تدعيم وجهة نظره ببيان أن العقود المبرمة بين الأشخاص الدولية، وخاصة الدول، تخضع دون شك من حيث المبدأ للقانون الدولي العام. ولكن على الرغم من أن الأشخاص الدولية تتعاقد عادة في نطاق القانون الدولي العام، إلا أنه لا توجد أي قاعدة قانونية تحظر عليه إخضاع معاملاتهم لنظام قانوني وطني من اختيارهم.

وقد ذهب الفقيه - في سبيل الرد على الاعتراض المتمثل في أن القانون الدولي العام لا يتضمن بعض القواعد القانونية التي تحكم العقود - إلى

(1) Goldman – Re'gles de conflit.

تطبيق المبادئ القانونية التي تحكم المعاهدات، وخاصة المعاهدات التجارية المبرمة بين الأشخاص الدولية، مبرراً ذلك بقوله : إن العقود المبرمة بين الأشخاص الدولية والأشخاص الخاصة لا تختلف كثيراً، من حيث طبيعتها وموضوعاتها عن المعاهدات المبرمة بين الأشخاص الدولية.

ولقد بنى الفقيه وجهة نظره في تدويل هذا النوع من العقود وإخضاعها للقانون الدولي العام على أساس نظرية القانون المناسب في القانون الدولي الخاص. فهو يرى أن مسألة ما إذا كان من الجائز، وفي ظل أية ظروف، للشخص الدولي والشخص الخاص إخضاع عقدهما للقانون الدولي العام، أمر يتعلق بنظرية القانون المناسب في القانون الدولي الخاص، أكثر من تعلقه بالقانون الدولي العام ذاته، وإذا كانت هناك قيود تحد من حرية الأطراف في الاختيار.

ويرى الفقه أنه لا يجب النظر إلى مسألة اختيار القانون الدولي العام ليحكم العقد من خلال الواقع المتمثل في أن هذا القانون عادة ما ينظم العلاقات بين الأشخاص الدولية.

وتجدر الإشارة أخيراً إلى أن الفقيه قد سعى إلى تبرير وجهة نظره التي تقضي بإخضاع العقد للقانون الدولي قائلاً: يمكن التبرير الحقيقي لإمكانية تدويل هذه العقود في متطلبات المعاملات الدولية، حيث إن هناك بعض الحالات التي لا تجد حلاً عملياً لها في غير اختيار القانون الدولي العام. وخصوصاً أن الدول عادة ما تكون غير مؤهلة للخضوع لقانون أجنبي. بينما الأشخاص الخاصة إما أن يكونوا رافضين الخضوع لقانون الدولة المتعاقدة أو يكونوا راغبين في ذلك، ولكنهم يحتجون بعدم وجود

مثل هـذا القـانون. وتثـور هـذه المشـكلة بالنسبة لبعض الـدول المتخلفـة في الشرق الأوسط وأفريقيا، وفي مثل هذه الظروف، فإن الإشارة إلى القانون الدولي العام تعد الوسيلة الفعالة لمواجهة هذه الظروف الواقعية، وتوفق بين مصالح الأطراف ومتطلبات نظام اقتصادي متقدم.

والخلاصة في هـذا الـرأي أنـه لما كـان للأطـراف الحـق في اختيـار القانون واجب التطبيق على العقد إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة، وهـو مبدأ معمول به في معظم الأنظمة القانونيـة، فإنه بإمكـان الأطـراف توجيـه هـذا الاختيار نحو القانون الدولي العام واختياره كنظام قانوني ليحكم العقد.

ومـن الجـدير بالـذكر أن أعـضاء اللجنـة الوطنيـة الحاديـة والعـشرين المخصصة لبحـث مسألة النظام القـانوني الـذي يحكـم العقـود المبرمـة بين الـدول والأشـخاص الخاصـة الأجنبيـة قـد أعربـوا ـ أثنـاء دور انعقـاد مجمـع القانون الدولي بأوسلو عام 1977 ـ عن موافقتهم على جواز اتفاق الأطـراف على اختيار القانون الدولي العام باعتباره القانون الذي يحكم العقد.

وفي ضوء ذلك فإن المادة الثانيـة مـن التوصيات الـتي أصـدرها مجمـع القـانون الـدولي في دور انعقـاده بأثينـا 1979 قـد أجـازت للأطـراف اختيـار القانون الدولي كقانون واجب التطبيق على العقد.

ثانيـاً: الـرأي القائـل بخـضوع العقـد للقـانون الـدولي باعتبـاره معاهدة دولية

ذهب بعض الفقهاء [1] إلى القول إن العقود المبرمة بين الدول والشركات الخاصـة الأجنبيـة عبـارة عـن اتفاقيـات تخضع بطبيعتها للقـانون الـدولي العـام

(1) وهم: Comp وBurns.

الاتفاقي (Droid Conventional International Public)، وذلك لتمتعها بالخصائص الآتية:

1. إن هذه العقود عادة ما تتخذ شكل المعاهدات الدولية، حيث يتم إبرامها وفقاً للأشكال والإجراءات التي تبرم وفقاً لها المعاهدات الدولية، وبواسطة السلطات الوطنية المختصة وفقاً للقانون الداخلي في الدولة لإبرام المعاهدات.
2. إن هذه العقود تتضمن شروطاً تلزم الدولة المتعاقدة بعد اتخاذ بعض الإجراءات الداخلة في اختصاصها السيادي أو الإجراءات التشريعية التي من شأنها تعديل القانون واجب التطبيق على العقد (وهي ما تسمى بشروط الثبات وعدم المساس).
3. كما تنص هذه العقود على خضوع المنازعات التي يمكن أن تنشأ عنها إلى محكمة تحكيم دولية.
4. وأخيراً فإن هذه العقود تتضمن إرادة حقيقية للأطراف سواء أكانت صريحة بموجب شرط تحديد القانون واجب التطبيق أم ضمنية في إخراج الاتفاق من اختصاص القانون الداخلي للدولة المتعاقدة.

ومع ذلك، يرى أصحاب هذا الرأي أنه ليس كل اتفاق مبرم بين الدولة والشركة الخاصة الأجنبية يندرج بالضرورة ضمن اتفاقات القانون الدولي العام، بل فقط الاتفاقات التي تبرم في مستوى مرتفع (Niveau eleve).

وبناء عليه، فإن الاتفاقات المبرمة بين الدول ترقى إلى مستوى القانون الدولي العام إلا إذا كان الشريك الخاص الأجنبي الذي يتعاقد مع الدولة في مركز يسمح له عند التفاوض بالحصول على مزايا لا تقبل أي سلطة وطنية أن تلتزم بها تجاه الشخص الأجنبي العادي.

ويمكننا أن نضيف إلى ذلك أن الدولة لا تتصرف هنا باعتبارها أحد أشخاص القانون الدولي وإنما بوصفها أحد أشخاص القانون الداخلي.

فالدولة تتمتع بشخصية قانونية مزدوجة، فهي تعد أحد أشخاص القانون الدولي وأحد أشخاص القانون الداخلي في آن واحد. وكما يرى بعض الفقهاء، فإنه يتعين التفرقة في تنظيم النشاط الذي تمارسه الدولة بين التصرفات التي تأتيها بوصفها من أشخاص القانون الدولي، وبين تلك التي تأتيها بوصفها شخصاً من من أشخاص القانون الداخلي.

فعندما تتصرف الدولة بوصفها من أشخاص القانون الدولي فإنها تخضع عندئذ لأحكام القانون الدولي، وعندما تتصرف بوصفها من أشخاص القانون الداخلي فإنها لا تخضع لأحكام القانون الدولي التي تنظم نشاط الأشخاص الدولية باعتبارهم كذلك.

من ناحية أخرى، فإن اللجوء إلى التحكيم ذي الطابع الدولي ليس من شأنه تدويل العقد، بمعنى إخضاعه للقانون الدولي العام، فلا يجب النظر إلى عقد ما على أنه عقد دولي (Internationalist) لمجرد أنه يتضمن شرطاً لتسوية المنازعات ـ اللهم ـ إلا إذا اعتبرنا أن محاكم التحكيم المنشأة بموجب شرط التحكيم الوارد في العقد محاكم دولية حقيقية، وهو ما لا يمكن التسليم به.

ومن ناحية أخيرة، فإن مجرد استبعاد القانون الداخلي للدولة المتعاقدة، والنص على تطبيق المبادئ العامة للقانون أو القانون الدولي ليس معناه أن العقد قد أصبح معاهدة أو اتفاقاً دولياً.

فمن غير الممكن إدراج الاتفاق في النظام القانوني الدولي لمجرد اتفاق الأطراف المتعاقدة على تطبيق القانون الدولي، وذلك ما دام أن أحد أطراف هذا الاتفاق ليس من أشخاص القانون الدولي العام.

ويمكننا أن نخلص مما تقدم إلى أنه ليس في الشكل الذي يبرم فيه العقد، ولا في النص على استبعاد القانون الداخلي للدولة المتعاقدة، ولا في الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم، ما يسمح بتأكيد أن العقد المبرم بين دولة ما وشركة خاصة أجنبية، يخضع للقانون الدولي العام الاتفاقي باعتباره بمثابة معاهدة دولية.

ثالثاً: الرأي القائل بإخضاع العقد للقانون الدولي باعتباره تصرفاً قانونياً دولياً من نوع جديد

ذهب الأستاذ (Weil) إلى تأكيد أن تدخل القانون الدولي في مجال العلاقات التعاقدية المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية لم يعد اليوم محل شك.

حيث إن هناك العديد من الوثائق الدولية التي تشهد اليوم على وجود العديد من نقاط الاتصال بين هذه العقود والقانون الدولي، من أهمها قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة الصادر في 14 ديسمبر لسنة 1962 المتعلق بالسيادة الدائمة على الثروات الطبيعية الذي أكد أنه يجب تنفيذ الاتفاقات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية المبرمة بحرية بواسطة الدول ذات السيادة أو بين هذه الدول بحسن نية. كذلك أيضاً فإن اتفاقية البنك الدولي المبرمة في واشنطن عام 1965 قد نصت صراحة في المادة (1/42) على تطبيق مبادئ القانون الدولي في هذا الخصوص.[1]

وفي سبيل تأكيد تدويل هذه العقود وإخضاعها للنظام القانوني الدولي، فرق الفقيه (Weil) بين الالتزام القانوني الأساسي الذي يتأصل

(1) Weil (p.) problems relatifs..., op cit p.120 etss, droit international ET contrats ... op. Cit p.120 etss droit international etcontrats d'etat, mélanges offerts a paul reuter, paris, pedone, 1981, p.549 etss.

فيه العقد، فهو يرى أن تحديد القانون واجب التطبيق على عقود الدولة سواء أكان عن طريق الاختيار من قبل الأطراف أم استخدام معايير أخرى في حالة عدم وجود مثل هذا الاختيار، يتوقف على الفصل في مسألة أولية وهي تحديد النظام القانوني الذي يعطي للأطراف الحق في اختيار القواعد القانونية واجبة الإعمال على العقد، وبين كيفية تحديد هذه القواعد في حالة عدم وجود اختيار صريح من قبل الأطراف المتعاقدة.

ويرى أن مسألة تحديد النظام القانوني الذي يندرج فيه العقد ويستمد منه صحته يتعين حسمها في البداية. أما مسألة تحديد القانون واجب التطبيق على العقد فإنها تثور في مرحلة لاحقة، أي بعد الفصل في مسألة النظام القانوني الأساسي.[1]

المطلب الثالث: إخضاع العقد الإداري لنظام قانوني ثالث

ذهب جانب من الفقه إلى القول بخضوع العقود المبرمة بواسطة الدولة مع الأشخاص الأجنبية كما هو الشأن بالنسبة لعقود البترول، لنظام قانون ثالث مستقل عن القوانين الوطنية والقانون الدولي العام. بيد أنهم اختلفوا فيما بينهم بشأن تحديد المقصود بهذا النظام. ويمكن التمييز في هذا الصدد بأربعة آراء: الرأي القائل بفكرة القانون الذاتي للعقد، والرأي القائل بتطبيق المبادئ العامة للقانون المعترف بها في الأمم المتمدينة، والرأي القائل بتطبيق قانون عبر الدول، والرأي القائل بتطبيق قانون التجارة الدولية. ونعرض فيما يلي لهذه الآراء تباعاً.

---

(1) انظر:

Weil (p.) problems relatifs…op.Pp.120 et 121.

أولاً: الرأي القائل بفكرة القانون الذاتي للعقد

ذهب جانب من الفقه [1] إلى القول إن العقود التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الخاصة الأجنبية ـ كما هو الحال بالنسبة لعقود البترول ـ لا تخضع للقانون الداخلي لدولة معينة، وذلك لأن أطرافها وهما الدول والأشخاص العامة من ناحية والأشخاص الأجنبية من ناحية أخرى، لا يخضعون لقانون وطني مشترك. كذلك فإن هذه العقود لا تخضع للقانون الدولي العام لأنها ليست معاهدات دولية مبرمة بين أشخاص هذا القانون، إذ إن أحد أطرافها لا يتمتع بالشخصية القانونية الدولية، بل إن هذه العقود تشكل طائفة ثالثة من العقود تتميز بأنها تخضع لنظام قانوني جديد تنشؤه الإرادة المتطابقة للأطراف. فهذه العقود تكفي بذاتها وتعد بمثابة قانون الأطراف. أي أن النظام القانوني الذي يحكم حقوق والتزامات الأطراف الناشئة عن العقد هو قانون العقد ذاته (La lex contractus).

وقد بنى أصحاب هذا الرأي وجهة نظرهم هذه على أساس مبدأ العقد شريعة المتعاقدين (Pacta sunt sevanda) من جهة، ومبدأ استقلال الإرادة من جهة أخرى.

ويرى أصحاب نظرية القانون الذاتي للعقد أن هذه النظرية لا تنطبق على كل العقود التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الخاصة الأجنبية، بل

---

(1) راجع في هذا الرأي:

Weil (p.) problems relaifs… op.cit..,pp.177 – 178 el – kosheri (a.s) , la notion de contrat international these rennes, 1962, p.600 etss, spec. p604 ets.legrime juridique … op cit p.288, stabilite et evolution op. Cit 290 mustapha (m.) op.cit p.67 etss.

يجب التمييز بين العقود التي تبرم بواسطة سلطة إدارية داخلية في الدولة، والعقود التي تبرم بواسطة السلطة المختصة بإبرام المعاهدات الدولية. ففي حين أن النوع الأول من العقود يظل خاضعاً للقانون الداخلي، فإن النوع الثاني من العقود هي وحدها التي تعد بمثابة اتفاقات شبه دولية، حيث يتم إبرامها والتصديق عليها بواسطة الحكومة، أي بواسطة أعلى سلطة في الدولة والتي تختص بإبرام المعاهدات الدولية، وبالتالي تخضع للقانون الذاتي للعقد.

ولقد جاء حكم تحكيم أرامكو معبراً بهذا الخصوص، فعندما تمسكت شركة أرامكو أمام محكمة التحكيم بأن عقد الامتياز المبرم بينها وبين حكومة السعودية يعد بمثابة قانون الأطراف، رفضت المحكمة تبني هذا الرأي. وقد حكمت بأنه من المؤكد أن العقد أياً كان لا يمكن أن يوجد في فراغ، بل يجب أن يستند إلى قانون. فالعقد ليس عملية متروكة كلياً لإرادة الأطراف، بل يجب أن يكون مؤسساً على قانون وضعي يضفي على التعبيرات المتبادلة والمتطابقة لإرادة الأطراف الآثار القانونية. إذ دون وجود قانون ينشأ الاتفاق في ظله، فإن الاتفاق نفسه يعد أمراً غير متصور، فالإرادة لا يمكنها أن تولد علاقات تعاقدية إلا إذا كان القانون الذي تخضع له يمنحها مسبقاً هذه السلطة.

ومن ناحية ثانية فإن نظرية القانون الذاتي للعقد تعد نظرية خيالية ـ أو سراب (Un tromped) ـ وليست واقعية. إن الادعاء بكفاية العقد الذي تبرمه الدولة لحكم العلاقة بين أطرافه، وأنه لذلك ليس بحاجة إلى نظام قانوني معين، فهو ادعاء يناهض الواقع العملي الذي يؤكد استحالة توقع الأطراف

مقدماً لكل أوجه النزاع التي قد تثار بينهم في المستقبل. فنصوص العقد مهما بلغت دقتها وتعددت تفاصيلها لا يمكنها أن تحكم حقوق والتزامات الأفراد، فالنقص والقصور في شروط العقد وأحكامه يعد أمراً قائماً لأن الأطراف مهما كانت خبرتهم وتوقعاتهم لأحداث المستقبل لا يمكنهم الإحاطة بكل جوانب العلاقة التعاقدية.

ثانياً: الرأي القائل بإخضاع العقد لقانون عبر الدول

يعد الأستاذ فيليب جيسوب أو من نادى بفكرة قانون عبر الدول (Transnational law).[1]

ويقصد باصطلاح عبر الدول في رأي هذا الفقيه كل القواعد المنظمة للتصرفات والوقائع التي تتعدى حدود دولة واحدة. وعلى ذلك فهو يشمل القانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص، وأيضاً بعض القواعد الأخرى التي يصعب إدراجها تحت هذين الفرعين من فروع القانون.

ويرى جيسوب أن قانون عبر الدول هو ذلك القانون الذي ينطبق على الجماعة الدولية ذات التركيب المتداخل والتي تبدأ بالفرد حتى تصل إلى ما يسمى بالعائلة الدولية أو مجتمع الدول. فالدولة ليست الجماعة الوحيدة التي يعنى بها هذا القانون، ولذلك لا يوصف هذا القانون بأنه (دولي) أو (بين الدول)، ذلك أن هذا التعبير يثير اللبس، فيوحي بأنه لا يعنى إلا بالعلاقات بين دولة ما وبين الدول الأخرى.

(1) انظر: فيليب جيسوب، قانون عبر الدول الحديثة، القانون الدولي في أبعاده الجديدة، ترجمة د. إبراهيم شحاته، مكتبة القاهرة الحديثة، سنة 1966.

ويعد الأستاذ (J.Lalive) من أكبر الفقهاء المناصرين حالياً لإخضاع العقود المبرمة بين الدول أو الأشخاص العامة والشركات الخاصة الأجنبية ـ كما هو الحال بالنسبة لعقود البترول ـ لقانون عبر الدول. ويرى أنه نظام وسط مخصص لكي يحكم بعض المراكز الاجتماعية والاقتصادية التي لا يمكن بصددها تطبيق القانون الداخلي ولا القانون الدولي[1]. فهذا الفقيه يقترح إذن بدلاً من التقسيم الثنائي التقليدي للأنظمة القانونية ما بين قانون داخلي وقانون دولي، الأخذ بتقسيم ثلاثي (Tripartite) للأنظمة القانونية. ويرى أنه عندما يوجد مركز قانوني يتعذر إدراجه في إطار هذا النظام أو ذاك، يجب اللجوء إلى نظام قانوني ثالث يقع في طريق وسط هو قانون عبر الدول.

ثالثاً: الرأي القائل بإخضاع العقد للمبادئ العامة للقانون

يعد الفقيه (Mc Nair) أول من نادى بإخضاع العقود التي تبرمها الدولة مع الشركات الخاصة الأجنبية، بما في ذلك عقود البترول، للمبادئ العامة للقانون المعترف بها من الأمم المتمدينة.

فقد ذهب الفقيه إلى أن إحدى الصعوبات التي تثور عند البحث عن النظام القانوني المناسب لحكم هذا النوع من العقود محل الدراسة تكمن في الواقع المتمثل في أن كثيراً من الدول التي تحتاج إلى الخبرة ورأس المال من الخارج لتنمية ثرواتها الطبيعية تسودها نظم قانونية ما زالت غير متطورة

(1) راجع:
La live (j.) un recent arbitrage suisse …op. Cit..,p.295 etss; contrats entre, op cit p.31, p.47 - 48 et pp.184 - 185.

بالقدر الكافي لحكم عذا النوع من العقود. فأحكام الشريعة الإسلامية مثلاً، فيما يتعلق باتفاقات التنمية الاقتصادية إذا وجدت فهي غير كافية، هذا فضلاً عن اختلاف مضمون أحكام الشريعة الإسلامية وفقاً للمذاهب الفقهية المتبعة. فمن المعروف أن هناك أربعة مذاهب فقهية في القانون الإسلامي، وقد يصعب على مواطني الدول التي استقرت نظمها القانونية وعرفت هذا النوع من العقود، الدخول في علاقة تعاقدية مع حكومة أجنبية تكون نظمها القانونية غير واضحة (Vague) وغير متطورة لتحكم مثل هذه العقود.

ولقد نادى الفقيه ماكنير، كخطوة أولى، بضرورة التخلص من الفكرة التي مفادها أن الاختيار الوحيد للقانون ينحصر بين القانون الدولي العام والنظام القانوني الوطني لأي من الأطراف أو المشترك بينهم. فالقانون الدولي الخاص لا يعد في حد ذاته بديلاً لأنه لا يشتمل على القواعد الموضوعية التي تطبق على النزاع، وإنما هو قانون وصفي تنحصر مهمته في إرشاد المحكمة في تحديد النظام القانوني الذي يجب أن تلجأ إليه لحل النزاع المشتمل على عنصر أجنبي.

وفي تساؤله عن النظام القانوني المناسب الذي يحكم عقود التنمية الاقتصادية المبرمة مع حكومة الدولة التي تحوز نظاماً قانونياً غير مناسب لحكم هذا النوع من العقود، ذهب الفقيه إلى أن اختيار النظام القانوني المناسب يمكن أن يتأسس على نية الأطراف التي قد تظهر إما صراحة بموجب نص في العقد، أو ضمناً من خلال بنود العقد وطبيعته. ثم انتقد تطبيق قانون محل التعاقد (Lex loci contractes) وقانون محل التنفيذ

(Lesx loci solutionis)، وذلك بحجة أن طبيعة هذا النوع من العقود والظروف المحيطة بها تنفي وجود أية قرائن لصالح تطبيق أي من هذين القانونين. واستثنى من ذلك حالة وجود نص خاص يقضي بتطبيق قانون محل التنفيذ، كما انتقد إخضاع هذا النوع من العقود للقانون الدولي العام بالمعنى الدقيق (Strict sensu) بدعوى أن هذا القانون مخصص ليحكم العلاقات فيما بين الدول. وذهب إلى أنه في الحالة التي لا يحدد فيها الأطراف نظاماً قانونياً معيناً فإن نيتهم تكون قد اتجهت إلى إخضاع عقدهم للمبادئ العامة للقانون المعترف به من الأمم المتمدينة.

ولقد انتهى الفقيه إلى عدة مقترحات هي:

1. إن هذا النظام لا يمكن أن يكون القانون الدولي بالمعنى الدقيق، لأن هذه العقود ليست مبرمة بين الدول.
2. عندما تحوز الدولة المتعاقدة والدولة التي ينتمي إليها الشخص الخاص المتعاقد معها أنظمة قانونية متطورة بالقدر الكافي وصالحة لأن تحكم هذا النوع من العقود، فإن للأطراف أو المحاكم التي تفصل في المنازعات الناشئة عنها أن تختار أياً من هذين القانونين أو أحدهما بالنسبة لبعض أوجه العقد، والثاني بالنسبة للأوجه الأخرى.
3. في المقابل، عندما يكون النظام القانوني للبلد الذي يجب أن ينفذ فيه العقد في الجزء الأكبر منه غير متطور بالقدر الكافي لحكم هذا النوع من العقود، فمن غير المحتمل أن يكون في مقدور القانون الوطني لكل من الطرفين أن يقدم للأطراف أو

المحاكم الحل الملائم (وذلك باستثناء بعض الالتزامات التي تخضع بموجب نص خاص للقانون الوطني، مثل الالتزامات المتعلقة باستخدام العمال المحليين). وفي هذا الفرض فإن النظام القانوني الأكثر مناسبة ليحكم العقد ليس القانون الدولي العام بالمعنى الدقيق ما دام أن الأمر لا يتعلق بعقود مبرمة بين الدول ولا بعلاقات دولية، وإنما المبادئ العامة للقانون المعترف بها من الأمم المتمدينة.

رابعاً: الرأي القائل بإخضاع العقد للقانون التجاري الدولي

ذهب جانب من الفقه إلى القول بوجود قانون تجاري دولي قادر على أن يحكم عقود التجارة الدولية، بما في ذلك عقود البترول المبرمة بين الدول المنتجة للبترول والشركات الأجنبية. ويرى أنصار هذا الرأي أن هناك العديد من أحكام التحكيم التي تشهد على حقيقة ووضعية القانون التجاري الدولي. وأشاروا في هذا الصدد إلى حكم التحكيم الذي أصدره اللورد (اسكويث) في النزاع الذي ثار بين شركة بترول التنمية المحدودة وشيخ أبو ظبي، حيث أكد المحكم أن قانون أبو ظبي المختص بحكم العقد موضوع النزاع لا يشتمل على المبادئ القانونية التي يمكن اللجوء إليها لتفسير أدوات التجارة الحديثة، وقرر تطبيق المبادئ الراسخة في العقل السليم والممارسات المشتركة في الأمم المتحضرة كنوع من القانون الطبيعي الحديث. كما أشاروا أيضاً إلى حكم التحكيم الصادر في قضية أرامكو ضد الحكومة السعودية، حيث أعملت محكمة التحكيم المبادئ العامة للقانون والعادات المتبعة في مجال صناعة البترول.

كما يرى هؤلاء أن الاتفاقيات الدولية قد أشارت صراحة إلى هذا القانون وأعطت له الأفضلية في التطبيق على القانون الوطني. وأشاروا في ذلك إلى الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي عام 1961 (المادة 7)، واتفاقية لاهاي بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية. كما أجازت العديد من القوانين الوطنية الصادرة بشأن التحكيم، للأطراف الذين يرغبون في عدم تطبيق قانون وطني إخضاع المنازعات التي يمكن أن تنشأ فيما بينهم لأحكام القانون التجاري الدولي، من ذلك القانون الفرنسي بشأن التحكيم الدولي، إذ إن المادة (1496) منه قد استخدمت تعبير (قواعد القانون) بدلاً من تعبير (القانون). كذلك الأمر بالنسبة لقانون التحكيم الإيرلندي الصادر في 2 يوليه عام 1986، فعندما قدمت الحكومة المادة (1054) من هذا القانون إلى البرلمان، أشارت في المذكرة التفسيرية على أن تعبير (قواعد القانون) يشمل ليس فقط القواعد القانونية، بل أيضاً القانون التجاري الدولي. وكذلك الأمر بالنسبة لقانون التحكيم السويسري، إذ نصت المادة (187) منه على أن: "تفصل محكمة التحكيم طبقاً لقواعد القانون المختارة بوساطة الأطراف...". وبهذا يكون للأطراف مكنة إسناد العقد إلى القانون التجاري الدولي. وكذلك الشأن بالنسبة للقانون النموذجي عندما نص في المادة (28) على أن تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقاً لقواعد القانون المختار بواسطة الأطراف.

ولقد اعتنقت هذا الرأي بعض أحكام التحكيم. ففي الحكم الصادر في القضية رقم (2131) في 26 أكتوبر عام 1979 في النزاع الذي ثار بين الشركة الفرنسية (Norsolor) والشركة التركية (Pabalk)،

قررت محكمة التحكيم أنه: "بالنظر إلى الطابع الدولي للعقد، وصعوبة تحديد القانون واجب التطبيق عليه، فإن المحكمة تستبعد اللجوء إلى قانون وطني معين، سواء القانون الفرنسي أم القانون التركي، وتطبق القانون التجاري الدولي (La lex mercatoria).

الخاتمة

الخاتمة

لقد حاولنا في هذه الدراسة أن نتناول موضوعاً حديثاً للغاية وهو مدى مشروعية العقد الإداري عبر الإنترنت، بمنهج تقليدي للغاية يماثل ما جرى عليه الفقه التقليدي في تناوله لنظرية العقد بصفة عامة ولمختلف أنواع العقود، ولم يكن دافعنا في ذلك فقط ما يتمتع به هذا المنهج التقليدي من بنيان منطقي وقانوني قوي وسليم يجذب الباحثين في شتى أنواع العقود إلى استخدامه، وهدفنا في ذلك واضح وهو محاولة إدخال هذا النوع من التعاقد تحت مظلة نظرية الالتزام دون إغفال لما يتمتع به من خصوصية تستند غالباً إلى تقنية في غاية التقدم لم تكن موجودة على الإطلاق عند صياغة نظرية الالتزام العريقة.[1]

هذا عن منهج الدراسة، أما عن أهميتها العملية فقد لاحظنا أن المشكلة لا تنحصر فقط في البحث عن النظام القانوني الذي يمكن أن يطبق على التعاقد الإداري عبر الإنترنت في ظل غياب التنظيم التشريعي، وفي ظل تجربة عملية أقل ما يقال عنها إنها ما زالت في المهد، ومن هنا كان علينا أن نسلك الطريق المألوف للفقه وهو بحث المشكلة لنقف على أبعاد المسألة من خلال تطبيق أكثر عملاً وانتشاراً.[2]

---

(1) راجع أسامة مجاهد، مرجع سابق، ص125.

(2) راجع أسامة مجاهد، مرجع سابق، ص125.

وقد حاولنا من خلال هذه الدراسة تطبيق القواعد العامة في نظرية العقد على ما يثيره إبرام العقد عبر الإنترنت أو ما يسمى بالعقد الإلكتروني من مشكلات.[1]

ونظراً لتعدد الموضوعات التي يمكن تناولها تحت عنوان مدى مشروعية العقد الإداري بواسطة الإنترنت، فقد ارتأينا أن لا نتناول هذا الموضوع دون أن نسبق ذلك بمحاولة لتعريف القانون الإداري.[2]

ثم انتقلنا لتعريف العقد الإلكتروني، ورأينا أنه يمكن تعريفه بأنه اتفاق يتلاقي فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، بفضل التفاعل بين الموجب والقابل.[3]

ولم نغفل الإشارة إلى أن هذا العقد يتم عن بعد، وهو بذلك ينتمي لطائفة العقود عن بعد، ومن ثم وجب أن يحترم القواعد الخاصة بها، وذلك مراعاة للطبيعة الخاصة لهذه العقود، التي تؤدي بالبداهة إلى اختلاف أحكامها عن العقود التي تبرم بين حاضرين، ومن ذلك على سبيل المثال صعوبة التحقق من أهلية المتعاقد الآخر وصفته في التعاقد، وأن المستهلك لن يكون بوسعه الحكم الدقيق على السلعة التي يتعاقد عليها، وذلك معها بلغ وصف البائع لها من دقة وأمانة، وهو ما يبرر بصفة خاصة التركيز على إعطاء المستهلك رخصة الرجوع في العقد خلال مدة معينة تحسب عادة من تاريخ تسلمه للمنتج الذي تعاقد عليه.[4]

---

(1) راجع أسامة مجاهد، مرجع سابق، ص126.

(2) راجع أسامة مجاهد، مرجع سابق، ص127.

(3) راجع أسامة مجاهد، مرجع سابق، ص127.

(4) راجع أسامة مجاهد، مرجع سابق، ص128.

وإكمالاً للتعريف بالعقد الإلكتروني فقد حاولنا بعد ذلك تمييزه عن بعض العقود بالنظر إلى الطريقة التي ينعقد بها، مثل عقد البيع التقليدي، ورأينا أنه على الرغم من انتماء العقد المبرم عبر الإنترنت للعقود عن بعد، فإنه يتمتع بسمة تميزه عن غيره من هذه العقود وهي صفة التفاعلية التي تسمح بنوع من الحضور الافتراضي المتعاصر بين المتعاقدين، كما تسمح هذه الصفة بتسليم بعض الأشياء وأداء بعض الخدمات فوراً على الشبكة مثل الحصول على معلومات أو برامج كومبيوتر، كما تسمح من ناحية أخرى بالوفاء على شبكة الإنترنت نفسها.

وقد رأينا أن أوجه الخصوصية في انعقاد العقد الإلكتروني تنحصر في ركني التراضي والمحل. فبدأنا بالتراضي، حيث تناولنا أوجه الخصوصية بشأن الإيجاب في هذا العقد وأهمها أنه غالباً ما يكون عاماً غير موجه لأشخاص معينين، وهو ما قد يثير بعض المشاكل للبائع وأهمها مدى يسار العميل الذي يكون مجهولاً عند صدور الإيجاب، وكذلك مشكلة نفاذ المخزون إذا قبل العرض عدد كبير من مستعملي الشبكة، ولذلك يكون من الأفضل في هاتين الحالتين لمصلحة العميل أن يحتفظ بإمكانية الرجوع فيه بحيث لا يكون ملتزماً بموجب هذا العرض الذي سيكفي مجرد قبوله لانعقاد العقد لو لم يحتفظ بمكنة الرجوع فيه.[1]

أما عن القبول في العقد الإلكتروني فقد تناولنا أهم الطرق الخاصة للقبول فيه، فرأينا أن ينبغي الحذر بشأن تطبيق الحالات الاستثنائية التي يعد فيها السكوت قبولاً بشأن القبول عبر الإنترنت، فلا يمكن القول إن

---

(1) راجع أسامة مجاهد، مرجع سابق، ص129.

العرف يلعب دوراً فعلياً في التعاقد عبر الإنترنت حتى وقتنا هذا وذلك نظراً لحداثة هذا الشكل من أشكال التعاقد، أما عن تمخض الإيجاب لمصلحة من وجه إليه فهي حالة تتضمن عملاً من أعمال التبرع دون أي التزام يقع على عاتق من وجه إليه الإيجاب، وهو فرض غير مألوف على الإنترنت.[1]

وتناولنا أيضاً مسألة ما إذا كان التحميل عن بعد لأحد برامج الكومبيوتر يعد طريقة معقولة للقبول بحيث يترتب على القيام به انعقاد العقد، ورأينا أنه لا مانع من ذلك وأن ما يثيره البعض بشأنه يتعلق في الحقيقة بمشكلة عدم علم العميل مسبقاً ببعض الشروط العقدية، كما ناقشنا مسألة مدى كفاية القبول لانعقاد العقد مع اشتراط التأكيد من جانب العميل.[2]

ولم نغفل تناول بعض العناصر المهمة التي يتم التراضي عليها في العقد الإلكتروني.[3]

واختتمنا موضوع التراضي في العقد الإلكتروني بالحديث في صحة التراضي في هذا العقد، ورأينا أن نظرية عيوب الإرادة تحتفظ بأهميتها في هذا الشأن رغم وجود الرخصة المقررة للمستهلك للرجوع في العقد، إذ تحقق له العديد من الفوائد التي لا يحققها له مجرد استخدامه لهذه الرخصة.

أما عن الأهلية في التعاقد عبر الإنترنت فرأينا أن أهم ما تثيره من مشاكل هو صعوبة تحقق البائع من أهلية المتعاقد الآخر على الشبكة،

(1) راجع أسامة مجاهد، مرجع سابق، ص130.

(2) راجع أسامة مجاهد، مرجع سابق، ص130.

(3) راجع أسامة مجاهد، مرجع سابق، ص131.

وأيدنا ضرورة تبني نظرية الظاهر في هذا الشأن واعتبار العقد الذي أبرمه القاصر صحيحاً إذا ظهر على الشبكة بمظهر الشخص الراشد حماية لمصلحة العميل من إهمال البعض في رقابة القصر في استعمالهم لشبكة الإنترنت.

وبذلك نكون قد قدمنا في كتابنا هذا محاولة المقاربة بين قواعد النظرية العامة للتعاقد، وبين التعاقد عن طريق الإنترنت بعد أن أثار استخدام شبكة الإنترنت مسائل قانونية منها مدى مشروعية التعاقد بهذه الوسيلة المتقدمة وخصوصية التعبير عن الإرادة أصالة ونيابة والإيجاب والقبول وتحديد زمان ومكان انعقاد العقد عن طريق الإنترنت والمرحلة التمهيدية للعقد.

وقد تحدثنا عن الأبعاد الفنية لشبكة الإنترنت قصدنا فيه بيان الخصوصية الفنية التي تنطوي عليها هذه الشبكة التي تثير مشكلات قانونية حاولنا الولوج إليها، وتناولنا مدى مشروعية التعاقد عن طريق الإنترنت وبينا كيف أن معظم التشريعات العربية وخاصة الأردني لم تقم بتنظيم أحكام هذا النوع من التعاقد، إلا أننا بينا أن النظرية العامة للعقد والنصوص الواردة في القانون المدني تتيح المجال واسعاً لهذا النوع من التعاقد دونما الحاجة إلى نصوص جديدة.

ورأينا كيف أن وسائل التعبير من كتابة أو لفظ أو إشارة أو معطاة كلها ممكنة عبر شبكة الإنترنت، حتى إن التعبير بالسكوت يجد له مكاناً في شبكة الإنترنت.

ثم بينا شروط القبول وشروط الإيجاب وتطابق الإيجاب والقبول بين حاضرين وغائبين، وبينا تطابق التعاقد عن طريق الإنترنت مع النظرية العامة، سوى أن الوسيلة اختلفت ذلك أن شبكة الإنترنت تقترب كثيراً من وسائل الاتصال الفوري الأخرى كالهاتف والتلكس والفاكس، وعقدنا مقارنة بينها جميعاً.

وفيما يلي سنعرض لأهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها في هذا الكتاب بدءاً بالنتائج ومن ثم التوصيات:

أولاً: النتائج

1. الكومبيوتر والأجهزة الملحقة به والبرامج والبروتوكولات اللازمة للتعاقد عن طريق الإنترنت هو وسيلة حديثة وليس أكثر، وأداة ليعبر الإنسان من خلالها عن الإيجاب والقبول، وكما أن القلم والهاتف وسائل جديدة للتعبير فإن جهاز الكومبيوتر لا يتعداهما سوى بالتقنية الحديثة.
2. شبكة الإنترنت ــ وإن كانت مجرد وسيلة ــ إلا أنها وضعت نموذجاً جديداً لمجلس العقد ذلك أنه يمكن افتراض وتخيل (مجلس عقد) بين غائبين وفي أمكنة مختلفة، وكأنه تعاقد بين حاضرين وذلك من خلال تكنولوجيا المحادثة والمشافهة عبر شبكة الإنترنت فكأنما العقد تم بين حاضرين.
3. تأكيد أهمية المرحلة التمهيدية من مفاوضات ووعد بالتعاقد والعقد الابتدائي والتعاقد بالعربون، ذلك أن هذه المرحلة إذا أصبحت أساسية في العقد وكأنها وحدة واحدة مع العقد فإن

الأفراد سيتشجعون على التعاقد عن طريق الإنترنت، لما يوفره ذلك من طمأنينة ونؤكد خاصة العقد الابتدائي الملزم للموجب وللموجب إليه.

4. تكشف لنا التطبيقات العملية العديد من العقود أنها تختلف في مظهرها عن العقود التقليدية في القواعد العامة مثل التعاقد عن طريق الإنترنت والعقود النموذجية في التجارة الدولية وعقود التكنولوجيا ذات التقنية العالية، وهذه العقود مهما اختلفت تقسيماتها وأشكالها ومسمياتها تتحد في أنها عقود رضائية في الأصل حيث تقوم على قواعد مشتركة من حيث انعقادها وأن مصدرها الوحيد هو الإرادة.

5. إن الخلاف حول مكان وزمان انعقاد العقد بين غائبين بدأ ينحسر لأن الدول بدأت تسعى إلى توحيد تشريعاتها المدنية عن طريق الاتفاقيات الدولية، وبالتالي فإن البحث عن القانون واجب التطبيق والمحكمة المختصة بدأ ينحسر.

ثانياً: التوصيات

القول بأن القواعد العامة في القانون المدني الأردني يمكن من خلالها إعطاء مشروعية للتعاقد بشكل عام والتعاقد الإداري عن طريق الإنترنت بشكل خاص، إلا أن هذا لا يعني عدم ضرورة تدخل المشرع وإيجاد بعض النصوص القانونية التي تتلاءم مع الطبيعة الخاصة لهذا النوع الحديث من التعاقد، وعلى ذلك نوصي بما يلي:

1. محاولة الاسترشاد بالجهود التشريعية المبذولة من قبل بعض الهيئات والمنظمات الدولية ذات الصلة بالعقود الإدارية المبرمة بواسطة الإنترنت، وذلك بهدف استخلاص العبر والنقاط والأوجه الإيجابية في هذا الصدد. الجهود تشمل الكثير من النصوص القانونية والتشريعات في مجال التطوير واللحاق بركب الدول المتقدمة التي سبقت كثيراً من البلدان وخاصة الدول الأجنبية ودول شرق آسيا في مجال إبرام العقود الإدارية عن طريق الإنترنت، لما لهذه التعاقدات من أهمية لكي توفر الجهد المادي والجهد البشري والسهولة في التعامل عن طريق هذه التعاقدات الإلكترونية، وقد أضفت عليها مزيداً من الحماية والمشروعية عن طريق النصوص القانونية التي تحكم التعاملات الإلكترونية.
2. إنشاء هيئة قضائية دولية تعنى بالنظر في العقود الإدارية المبرمة بواسطة الإنترنت، يفضل أن تكون تحت إشراف المنظمات الدولية كهيئة الأمم المتحدة على المستوى الدولي وإقليمياً وعربياً على مستوى جامعة الدول العربية، لما لهذه الهيئات من كوادر بشرية ومستشارين قادرين على إضفاء طابع اللاإلزام بالنسبة للتعاملات الإلكترونية بالتعاون مع نشر هذه الثقافة عن طريق المنظمات مثل منظمة اليونسكو.
3. إصدار تشريعات ترتبط بالعقود الإدارية المبرمة بواسطة الإنترنت، بحيث يتم فيها تحديد الجهة القضائية صاحبة الاختصاص بالنظر للعقود الإدارية المبرمة بواسطة الإنترنت، وكذلك بيان أسس

إبرام العقد ومراحله، مع الاحتفاظ بما يميز العصر من سرعة في التطور والتماشي مع التغيرات الحاصلة بهذا العصر من أشكال جديدة من التطور والاتصال بين الدول بعضها ببعض أو مع الشركات أو الأفراد بحيث تكون الدولة هي الطرف المحوري.

المراجع

أولاً: المراجع العربية

- أحمد حسام طه تمام، الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلي، الحماية الجنائية للحاسب الآلي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2000.
- أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مجموعة رسائل دكتوراه، 1973.
- د. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة في القوانين المصري واللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، 1983.
- د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2014.
- بيتر دايسون، بات كولما، لن غيلبرت، ألف باء الإنترنت، مركز التعريب والترجمة، الدار العربية للعلوم، الطبعة الأولى، بيروت، 1998.
- بيل جيتس، المعلوماتية بعد الإنترنت، طريق المستقبل، ترجمة د.عبد السلام رضوان، سلسلة عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الطبعة الأولى، الكويت، 1998.
- د. ثروت سليمان بدوي، مبادئ القانون الإداري، القاهرة، 1982.

- د. جميل عبد الباقي الصغير، الإنترنت والقانون الجنائي، الأحكام الموضوعية للجرائم المتعلقة بالإنترنت، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2001.
- جيري هونيكوت، مبادئ الإنترنت، ترجمة عمر الأيوبي، أكاديميا إنترناشونال، الفرع العلمي من دار الكتاب العربي، بيروت، 1997.
- حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- حسن كيرة، المدخل إلى القانون، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1974.
- أ. د.خالد سمارة الزعبي، القانون الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الثالثة، 1998.
- أ. د. خالد سمارة الزعبي، القرار الإداري بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة ، الطبعة الثانية، الإصدار الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999.
- د. خميس خضر، العقود المدنية الكبيرة، البيع والتأمين والإيجار، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 1979.
- د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، دار الفكر العربي، 1984.
- د.سليمان محمد الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي، دراسة مقارنة، الطبعة السادسة، دار الفكر العربي، 1996.

- د. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، مدينة نصر، 1996.
- د. شاب توما منصور، القانون الإداري، دراسة مقارنة، الجزء الأول، دار الطبع والنشر الأهلية بمساعدة جامعة بغداد، 1970 ـ 1971.
- د. عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997.
- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2004.
- عبد القادر عبد الله الفنتوخ، الإنترنت للمستخدم العربي، مكتبة العبيكان، الطبعة الأولى، المملكة العربية السعودية، 1998.
- د. عبد المجيد عبد الحفيظ سليمان، مبادئ القانون الإداري، القاهرة، 1982.
- د. عبد المحسن الحسيني، معجم مصطلحات المعلوماتية، الطبعة الأولى، دار القلم، بيروت، 1987.
- د. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1974.
- أ. د. عزيزة الشريف، القانون الإداري، الأموال العامة ـ العقود الإدارية ـ الوظيفة العامة، دار النهضة العربية، 1992.

- أ. د. عزيزة الشريف، القانون الإداري (2)، أساليب الإدارة العامة وخضوعها لمبدأ سيادة القانون، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت، 2003 ـ 2004.
- فاروق حسين، الإنترنت الشبكة الدولية للمعلومات، دار الراتب الجامعية، بيروت، 1997.
- د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري الكويتي وقانون الخدمة المدنية الجديد، الطبعة الأولى، منشورات ذات السلاسل للطباعة والنشر والتوزيع، السالمية، الكويت، 1980.
- د. ماجد راغب الحلو، مبادئ القانون الإداري في الإمارات، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار القلم للنشر والتوزيع، دبي، 1990.
- ماهر سليمان، حسام عابد، إياد خدام، أساسيات الإنترنت، الطبعة الأولى، دار الرضا للنشر والتوزيع، دمشق، 2000.
- د. محمد الشافعي بوارس، القانون الإداري، دراسة مقارنة، الجزء الأول، 1984.
- د. محمد حسام محمود لطفي، الحماية القانونية لبرامج الحاسب الإلكتروني، القاهرة، 1987.
- د. محمد حماد مرهج الهيتي، التكنولوجيا الحديثة والقانون الجنائي، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2004.
- د. محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002.


- د. محمد شريف أحمد، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999.
- د. محمد حربي حسن، إستراتيجيات الحكومة الإلكترونية، أنموذج مقترح للوطن العربي، مؤتمر المعرفة المعلوماتية والإدارة الإلكترونية، جامعة فيلادلفيا، كلية العلوم الإدارية والمالية، 16 ـ 18 نيسان، عمان، الأردن، 2002.
- محمد طلعت الغنيمي، تغيير الأوضاع وعقد الامتياز البترولي، بحث مقدم إلى مؤتمر البترول العربي السادس، بغداد، 1967.
- د. محمد عبد المحسن المقاطع ود. أحمد حمد الفارسي، القانون الإداري الكويتي، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطبوعات وحدة التأليف والترجمة والنشر، كلية الحقوق، جامعة الكويت، 1997.
- د. محمد فهمي طلبة وآخرون، الموسوعة الشاملة لمصطلحات الحاسب الإلكتروني، موسوعة دلتا كومبيوتر، المكتب المصري، القاهرة، مطابع مكتب القاهرة، 1991.
- د. محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام 2004، دراسة تحليلية، الكتاب الأول، القاهرة، 2003.
- د. محمود حلمي، العقد الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1974.
- د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.
- محمود زكي شمس، الأسس العامة للعقود الإدارية في سوريا ولبنان ومصر، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطبعة الداودي، دمشق، 2000.

- د. محمود محمد حافظ، نظرية المرفق العام، الجزء الأول، الطبعة الأولى، 1964.
- د. منصف قرطاس، التجارة الإلكترونية والإشكاليات التطبيقية المطروحة، الجمعية المهنية لبنوك تونس، دون تاريخ نشر.
- منصور مصطفى منصور، المدخل للعلوم القانونية، الجزء الأول، نظرية القانون، مكتبة سيد عبد الله وهبي، القاهرة، 1969.
- د. منذر فضل، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996.
- د. نائل عبد الحفيظ العواملة، الحكومة الإلكترونية ومستقبل الإدارة العامة، دراسة استطلاعية للقطاع العام في دولة قطر، دراسات، المجلد 29، العلوم الإدارية، 2002.
- نبيل أحمد سعيد، الطبيعة القانونية لعقد الامتياز البترولي كعقد إداري، بحث مقدم لمؤتمر البترول العربي الخامس، القاهرة.
- د. هلالي عبد الإله أحمد، تفتيش نظام الحاسب الآلي وضمانات المتهم المعلوماتي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 1997.
- د. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، 2000.

ثانياً: المراجع الأجنبية

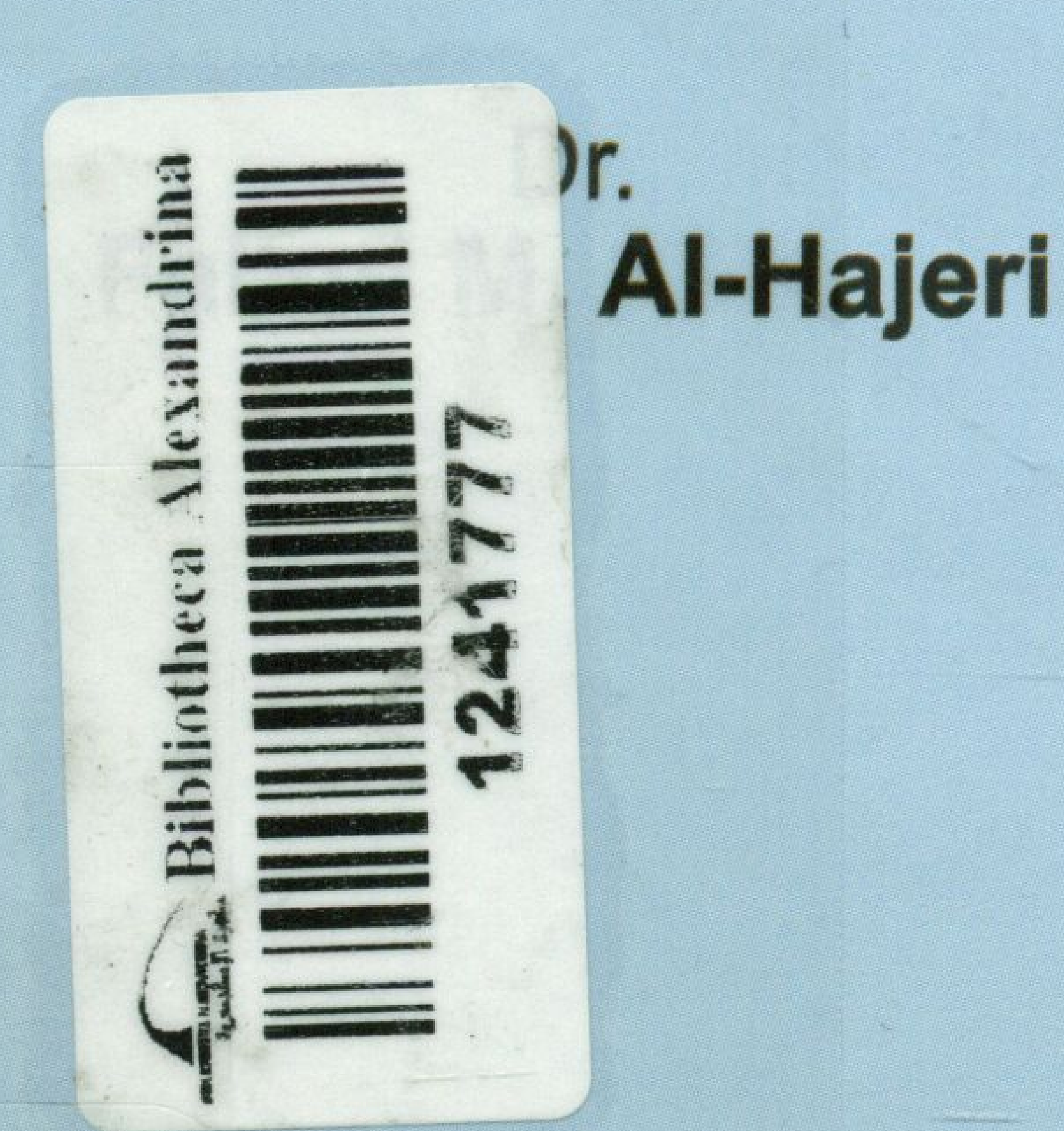
- Atallah, E Sami, Government: Consideration for Arab State. United Nation Development Programmer, April / 2001.
- Bogouslaysky.L'etat En Tant Que Partie'a Des Contrats De Constion Ou D'investissement Conclus Avec Des Societes Etrageres, Colloque Unidroit A Rome, 1976.
- Bruns ET Motulsky _ Tendances ET perspectives de l'arbitrage international, REV.Int. dr comp, 1957.
- Derains _ Le statut des usages du commerce international devant les jurisditions arbitrales, REV,arb, 1973.
- Edwards, Lilian and Waelok, charlotte, Law and the internet Regulating cy berspace, Hart publishing, oxford, U.K, 1997.
- El _ Sayed (M.), L'organisation Des Payes Exportateurs De Petrole , Paris L.G.D.J, 1967.
- Gbremond, Larevolution: Information Ue Dicitionnairve, The Matique Edition, Hatler, 1982.
- Goldman _ Re'gles De Conflit, Re'gles D'application Imme'diate ET Re'gles Mate'rielles Dans L'aarbitrage commercial international, Travaux, 1971.

- Guillaume Beaure D'augeres, Pierre Breese Et Stephanie Thuilier, Paiment Numeriqe Sue Internet, Etat De I Art, Aspects Juridiques Et Impact Sur Les Métiers, Thomson Publishing, 1997.
- Tgi Paris Ord,Ref,24L 11 L10998n63L9798(Bf) - Gazette Du Palais Du 23 - 24 Juillet 1999.
- Vint.G.Cref And Robert E.Kahan, Abrife History Of The Internet And Related Networks. Version 31 - 3 - 200. At: Http://WWW.Inf.Isoc.Org/Quest/Zakon/Internet/History/Brief - History - Of - The - Internet.



Administrative Contracts
Via The Internet





Dr.
Al-Hajeri



